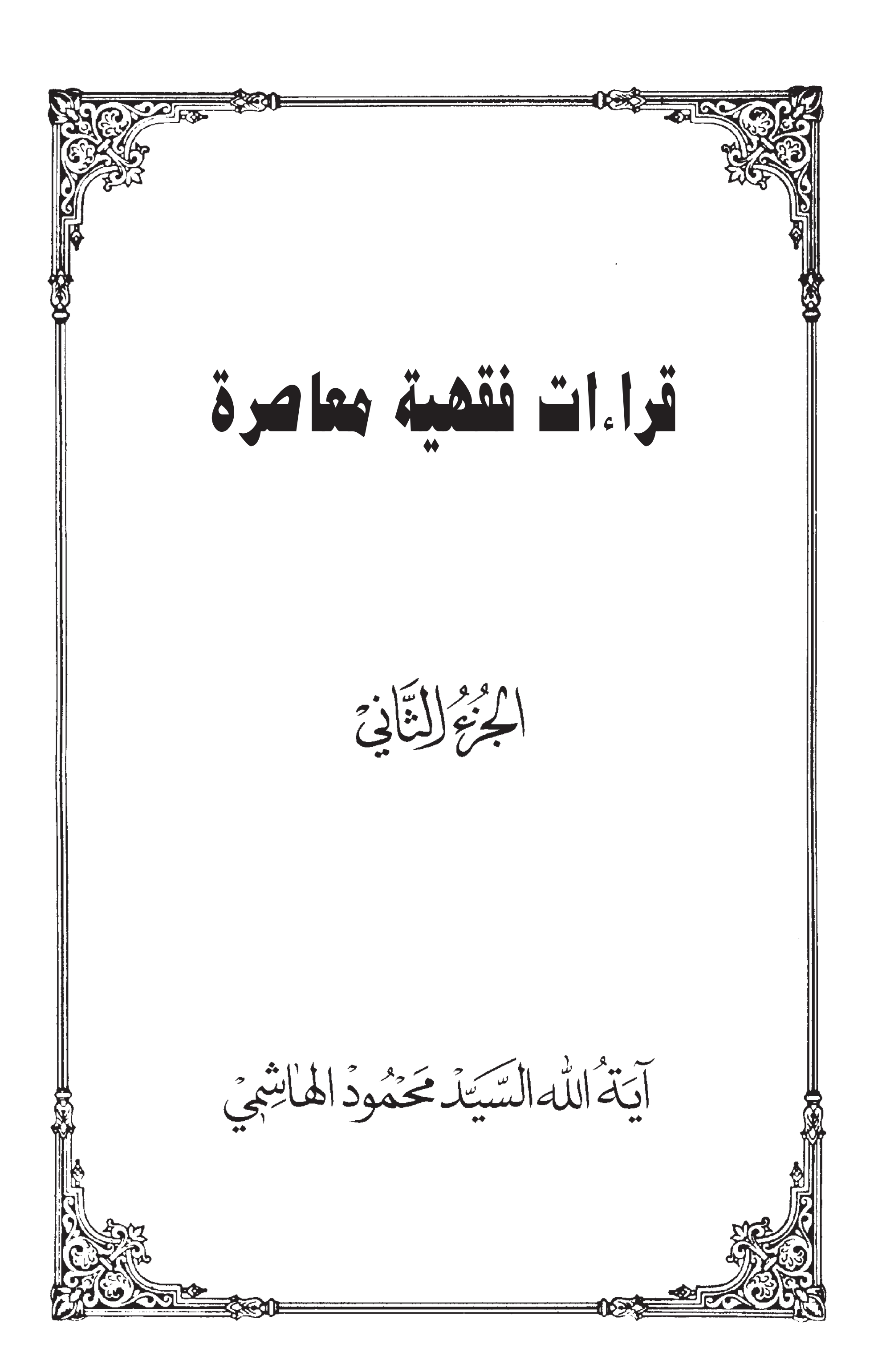


قراءات فقهية معاصرة

الجزء الثاني

آية الله السيد محمود الهاشمي



جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هوية الكتاب

الكتاب :	قراءات فقهية معاصرة (٢)
تأليف:	آية الله السيد محمود الهاشمي
الناشر :	مركز أهل البيت عليهم السلام للفقه والمعارف الإسلامية
الطبعة الأُولى :	١٤٣٣ هـ ـ ٢٠١١ م
الكمية :	٣٠٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدّمة

الحمد لله على آلائه وله الشكر على نعمائه وأفضل صلواته وتحياته على سيد رسله وخاتم أنبيائه محمّد وعلى آله الطاهرين خلفائه وأوصيائه المعصومين عليهم أفضل صلوات المصلّين إلى قيام يوم الدين.

وبعد.

فإنّ هذه البحوث مجموعة معالجات فقهية لمسائل مستحدثة تمثل قراءات اجتهادية للواقع المعاصر على ضوء الشريعة الاسلامية وطبقاً لمناهج الاستدلال المتبعة في حوزاتنا العلمية، كنت قد أعددتها بشكل مقالات علمية نشرت في مجلّتنا (مجلّة فقه أهل البيت عليهم السلام) التابعة لمؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام خلال سنوات عديدة.

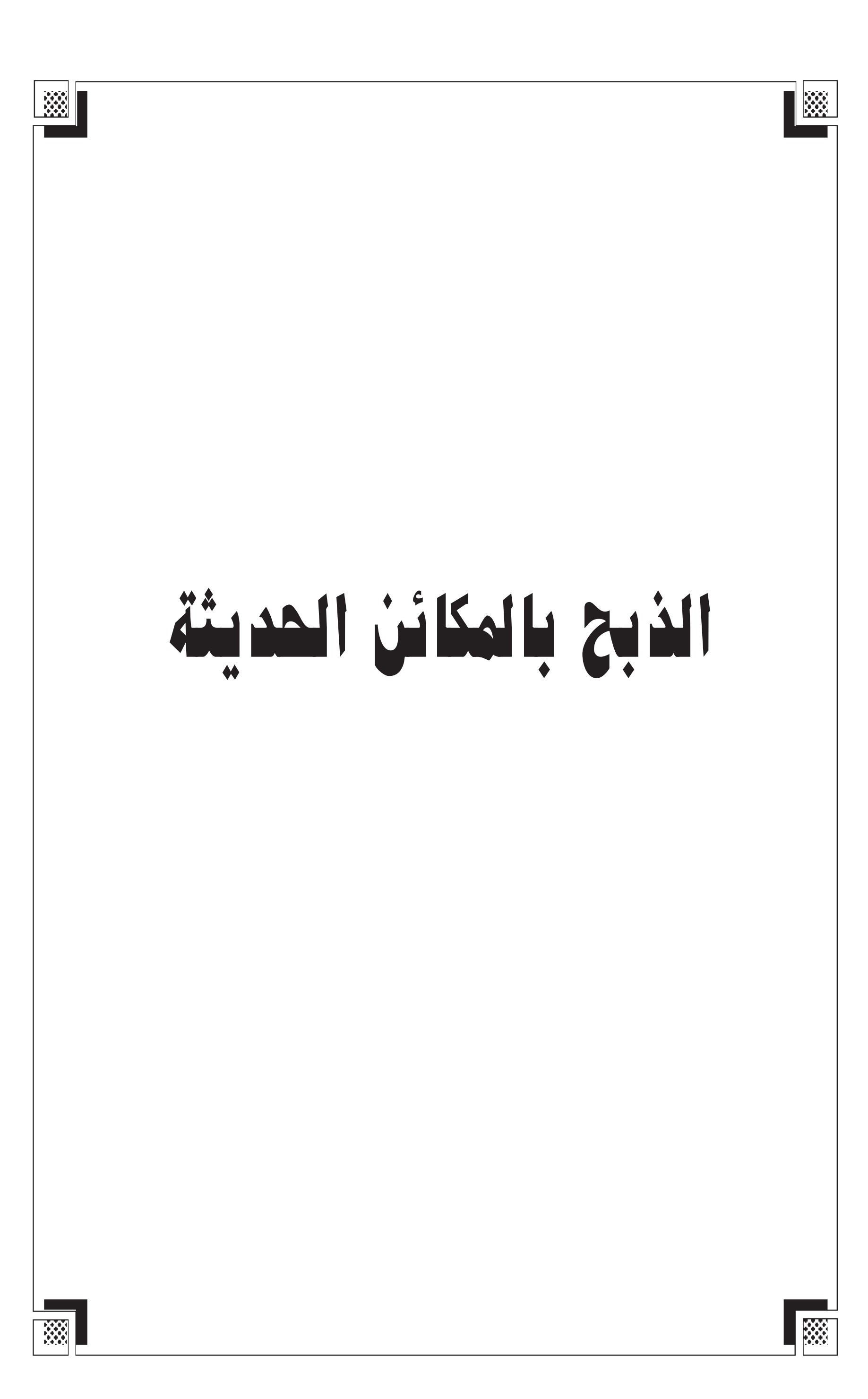
وقد رأينا جمعها وإعدادها ضمن كتب ومدوّنات فقهية مستقلة عسى أن ينتفع بها فضلاؤنا الأعلام. والله سبحانه وتعالى أسأل أن يتقبّلها بأحسن قبوله ويجعلها ذخراً ليوم لا ينفع فيه مال ولا بنون إلّا من أتى الله بقلب سليم، انّه خير موفّق ومعين.

قم المقدّسة

السيد محمود الهاشمي

١٤٢٣ هـ. ق

المحتويات



الذبح بالمكائن الحديثة

تعدّ اليوم مسألة استخدام الماكنة في الذباحة ضرورة حياتية بـحيث يصعب الاستغناء عنها بالذبح اليدوي . . والمتبادر في أوّل وهـلة أنّ ذلك ممّا يصعب تبريره شرعاً للإشكال فيه من عدّة جهات سنوافيك بها بالتفصيل . . وقد يتصوّر في البدء عدم تحقّق الشرائط المعتبرة شرعاً في التذكية . . وفي هذا المقال وضعت هذه الإشكالات مع مـا لهـا مـن المدارك والأدلّة على طاولة البحث والتحقيق فلم تسلم من الخدشة . . ولم تصمد أمام النقد . . واستطاع الباحث إثبات حلّية ما يُذبح بالآلات الحديثة وفي هذا البحث يلمس قارءنا الكريم المعالجة العلمية الدقيقة للموضوع من كافّة جوانبه . . ويحسّ بقدرة الذهنية الفقهية على الإبداع وقابليّتها على بحث القضايا المستجدة مع الحفاظ في الوقت نفسه على المتانة في الاستدلال والأصالة في المنهجية .

(التحرير)

الذبح بالمكائن الحديثة

من الواضح أنّ البحث ليس عن حكم نفس هذا العنوان بنحو الشبهة الحكمية ، بأن يتوهّم حرمة استخدام الماكنة في الذبح ، وإنّما المقصود البحث عن مدى تحقّق الشرائط المعتبرة في حلّية الذبيحة شرعاً فيما يذبح اليوم بهذه المكائن المتطوّرة السريعة الذبح ؛ حيث وقع الإشكال فيه من قِبل بعض الأعلام .

وما يمكن أن يكون منشأ للإشكال أحد أُمور :

الأمر الأوّل : (انتساب الذبح لغير الإنسان) :

فقد يرد الإشكال من ناحية عدم انتساب الذبح إلى الإنسان ، بل إلى الآلة ، ويشترط في حلّية الذبيحة أن تكون ذبيحة الإنسان ، بمقتضى قوله تعالى : ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ** . . . **إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ** ﴾ [1] الظاهر في اشتراط أن تكون التذكية ـ وهو الذبح الشرعي . كما يدلّ عليه قوله تعالى : ﴿ **وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ** ﴾ [2] ـ تذكية الإنسان ، والذبيحة ذبيحته ؛ لأنّه مقتضى إضافتها إلى الإنسان ، خصوصاً مع كونه استثناء عن المنخنقة والموقوذة والمتردّية والنطيحة وما أكل السبع ، ممّا يكون زهاق الروح فيه لا بفعل الإنسان ـ سواء كان استثناء عنها جميعاً أو عن خصوص

---

(١) المائدة : ٣ .

(٢) المصدر السابق .

ما أكل السبع ـ فإنّه يدلّ على أنّ ذلك ليس حلالاً ما لم تصدر التذكية من الإنسان ، ولو بأن يدرك الحيوان حيّاً فيذكّيه .

ولعلّه المراد أيضاً بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) الظاهر في أن يكون إمساك الكلب للصيد من جهة تعليمه وإرساله ـ لا لنفسه ـ فيكون الصيد مستنداً إليكم .

وقد دلّت على ذلك أيضاً جملة من الروايات الدالّة على أنّه لا يكفي زهاق روح الحيوان من نفسه أو بفعل حيوان آخر ـ ولو بخروج دمه أو قطع مذبحه ـ ما لم يدركه الإنسان فيذكّيه (٢) .

بل لعلّ اشتراط كون الذبح أو الصيد بفعل الإنسان ومستنداً إليه ممّا لا يقبل الشكّ ، فإنّ التذكية لا تكون إلّا بفعله .

فإذا قيل بأنّ الذبح بالماكنة فعل الآلة لا فعل الإنسان كان المذبوح بها ميتة كالنطيحة والمتردّية .

الجواب :

إنّ هذا الإشكال يندفع بأنّه يكفي في انتساب فعل أو نتيجته إلى الفاعل المختار أن لا يتخلّل بين عمله وبين حصول تلك النتيجة إرادة أُخرى ، بحيث يكون حصول تلك النتيجة بفعله قهريّاً وترتّبه عليه طبيعياً ، وإن تأخّر عنه زماناً أو كان بينه وبين تلك النتيجة وسائط تكوينية . ومن هنا لا يستشكل أحد في صدق القتل وانتسابه إلى الإنسان إذا ما قتل شخصاً آخر بالآلة ، فحكم الآلة الحديثة المتطوّرة من هذه الناحية حكم الآلة البسيطة كالسكين والمدية من حيث صدق عنوان (ذبيحة الإنسان) على المذبوح بها ، فلا تكون ميتة .

---

(١) المائدة : ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٢ ، الباب١٩ من أبواب الذبائح/ ط . طهران ، المكتبة الإسلامية .

ودعوى : التفكيك بين عنوان (القتل وزهاق الروح) وعنوان (الذبح) ، بأنّ الأوّل يكفي فيه مطلق الآلة بخلاف الثاني ؛ لأنّ عنوان الذبح يتقوّم بفري الأوداج وإمرار السكّين على مذبح الحيوان ، فلا بدّ فيه من مباشرة الإنسان ذلك بيده .

مدفوعة : بأنّ الذبح ليس إلّا عبارة عن إزهاق روح الحيوان عن طريق قطع مذبحه ـ وهو الحلقوم ـ وفري الأوداج ، سواء كان ذلك بآلة بسيطة كالسكّين أو بالماكنة والآلة المتطوّرة التي تقوم بنفس النتيجة ، أي تفري أوداج الحيوان من مذبحه ، فيكون الذبح مستنداً إلى الإنسان ، وتكون الذبيحة ذبيحته بلا إشكال .

وقد يقال : بانصراف الإطلاق إلى الذبح باليد ونحوه ؛ لعدم وجود غيره حين صدور الأدلّة ، أو يقال : بعدم الإطلاق في الأدلّة ، واحتمال دخل المباشرة باليد ونحوه في التذكية .

والجواب : امّا عن الانصراف ؛ فإنّ غلبة الوجود لا توجب الانصراف على ما حقّق في محلّه ، وأما على الثاني ، فإنّ الإطلاق ثابت في كثير من الروايات التي رتّبت الحكم على عنوان الذبح أو ذبيحة المسلم ، بل وفي الآية المباركة ﴿ **إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ** . . . ﴾ إذا كانت بمعنى ذبحتم .

نعم ، لو قيل : بأنّ المأخوذ في مادة التذكية أو هيئة ﴿ **ذَكَّيْتُمْ** ﴾ أن يكون إيجاد صفة المذبوحية والذكاة في الحيوان بيد الذابح المذكّي مباشرة وبلا واسطة مهمّة كالماكنة أو تسخير حيوان أو إرادة إنسان آخر يذبح بلا إرادة حرّة بل بأمر أو بسلطة شخص آخر ، لم يتمّ الإطلاق عندئذٍ .

إلّا أنّ استفادة هذا القيد من مادة أو هيئة ﴿ **إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ** ﴾ خلاف الإطلاق المتبادر منها .

الأمر الثاني : (عدم تحقّق التسمية) :

الإشكال من ناحية التسمية ، بأن يقال : إنّ الذبح بالماكنة يؤدّي إلى حصول الفاصل بين ذبح الحيوان وفري أوداجه الأربعة وبين زمان تشغيل الماكنة أو ربط

الحيوان بها من قِبل الإنسان المستخدم للماكنة ، فلا تكون تسميته ـ حين التشغيل أو حين ربط الحيوان بها ـ مجزية في التذكية :

١ ـ إمّا لأنّ حال هذه التسمية حال تسمية الواقف على الذبيحة التي يذبحها الغير ، فكما أنّه لا تجزي تسميته ما لم يسمّ الذابح نفسه ، فكذلك الحال في المقام ، فيقع الإشكال في حلّية الذبيحة من ناحية التسمية المعتبرة فيها .

٢ ـ وامّا لوجود الفاصل بينها وبين زمان تحقّق الذبح وفري الأوداج .

الجواب :

أمّا عن الأوّل : فبمنع كون تسميته كتسميةالأجنبي عنالذبح ، كيف! وهو الذابح بالآلة ، ومجرّد كونه حين تحقّق فريالأوداج ساكناً لا يجعله أجنبياً عنالذبح بعد أن كان فري الآلة للأوداج بحركته وبسببه وفعله ، وقد أشرنا إلى أنّ كون الآلة معقّدة أو متطوّرة لا يمنع عن استنادالفعل إلىالإنسان ، فهوالذابح وتكونتسميته تسمية الذابح ، إلّا أنّ طريقةالذبح بالآلة تكون بتحريكالآلة وربط الحيوان به للذبح ، فيشمله إطلاق ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ ﴾ [1] ؛ لا من جهة كفاية ذكر الاسم ـ ولو من غير الذابح ـ ليمنع عنه بظهور الآية في إرادة ذكر الاسم على الذبيحة بما هي ذبيحة تذبح ، الظاهر في أنّ من يذبح لا بدّ وأن يذكر اسم الله ، وكذلك ظهور الروايات الكثيرة في اشتراط تسمية الذابح ، كصحيح محمّد ابن مسلم [2] وصحيح سليمان بن خالد [3] وموثق ابن قيس [4] وموثق الحلبي [5] وفحوى صحيح محمّد

---

(١) الأنعام : ١١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٨ ، باب٢٣ من أبواب الذبائح ، ح٥ .

(٣) المصدر السابق : ح ٧ .

(٤) المصدر السابق : ٣٥٦ ، الباب٢٨ ، ح١ .

(٥) المصدر السابق : ٣٢٧ ، الباب١٥ ، ح٦ .

ابن مسلم [١] ، وغيرها من الروايات .

بل من جهة كون المحرّك للآلة ذابحاً بها حقيقة ، فيشمله العنوان المذكور في الآية والروايات .

وأمّا عن الثاني ـ وهو تحقّق الفاصل الزماني بين زماني التسمية والذبح ـ فهذا ما يمكن تلافيه :

ـ أوّلاً : بافتراض تكرار الذابح ـ وهو المحرّك للآلة أو الذي يربط الحيوانات بها للذبح ـ للتسيمة إلى زمان حصول الذبح بها .

ـ وثانياً : بأنّ الفاصل الزماني إذا كان قصيراً بحيث يعدّ عرفاً بحكم المتّصل بزمان الذبح شمله إطلاق ذكر اسم الله في الآية والروايات .

ـ وثالثاً : أنّ زمانالذبح بكلّ شيء يكون بحسبه ، فإذا كان الذبح باليد فزمانه مثلاً زمان وضع السكين على مذبح الحيوان للفري ، وأمّا إذا كان بالآلة فزمانه زمان تشغيلها وتوجيهها على الحيوان بحيث يتحقّق الذبح ويترتّب عليه قهراً .

وإن شئت قلت : إنّه في المسبّبات التوليدية ينطبق عنوان المسبّب على فعل السبب التوليدي من حينه وإن كان بينهما فاصل زمني .

أو يقال : بأنّ المستظهر من أدلّة شرطية التسمية اشتراطها حين الشروع في الذبح والعمل الاختياري المستند إلى الفاعل المختار ، وإن فرض تحقّق الذبح في الحيوان ـ بحيث يتّصف به فعلاً ـ متأخّراً عن ذلك زماناً .

وهذا نظير التسمية في الصيد ، حيث يتحقّق عنوان الصيد من حين رمي السهم أو إرسال الكلب ، ولهذا يجب التسمية عنده ، وإن كانت إصابة الحيوان الذي يراد صيده بالسهم أو بالكلب المعلّم متأخّراً زماناً .

بل لعلّ ظاهر روايات اشتراط التسمية في الصيد لزوم التسمية عند إرسال

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٧١ ، الباب١٣ من أبواب الصيد ، ح١ .

الكلب أو تسديد السهم ورميه . ومن هنا أفتى بعضهم بعدم الاجتزاء بالتسمية بعد ذلك إذا لم يسمّ حين الإرسال عمداً وإن كان قبل إصابة الصيد .

ففي صحيح سليمان بن خالد « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن كلب المجوسي يأخذه الرجل المسلم فيسمّي حين يرسله أيأكل ممّا أمسك عليه ؟ قال : نعم ؛ لأنّه مكلّب وذكر اسم الله عليه » (١) وظاهر جواب الإمام بيان التعليل والضابطة وانطباقها على ما فرضه السائل من التسمية حين الإرسال ، والذي يكون عادة قبل إمساك الكلب للصيد .

وموثق الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الصيد يرميه الرجل بسهم فيصيبه معترضاً فيقتله ، وقد كان سمّى حين رمى ولم تصبه الحديدة قال : إن كان السهم الذي أصابه هو الذي قتله فإذا رآه فليأكل » (٢) .

وأوضح منه دلالة موثقه الآخر « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الصيد يصيبه السهم معترضاً ولم يصبهبحديدة وقد سمّى حين رمى ، قال : يأكل إذا أصابه وهو يراه . وعن صيد المعراض ، قال : إن لم يكن له نبل غيره وكان قد سمّى حين رمى فليأكل منه ، وإن كانله نبل غيره فلا » (٣) ؛ لأنّه قد ورد فيهقيد التسمية حين الرمي في كلام الإمام عليه السلام بخلاف الأوّل حيث ورد ذلك في كلام السائل فيحتاج فيه إلى دعوى ظهور الجواب في إمضاء ارتكاز السائل شرطية التسمية حين الرمي . فلا إشكال من هاتين الناحيتين .

٣ ـ وإنّما الإشكال في إمكان الاكتفاء بتسمية واحدة حين تشغيل الماكنة مثلاً .

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٧٢ ، الباب١٥ ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٨١ ، الباب٢٢ ، ح٢ .

(٣) المصدر السابق : ٢٨١ ، الباب٢٢ ، ح٣ .

٤ ـ بل الإشكال أيضاً في تشخيص مَن هو الذابح الذي تجب تسميته إذا افترض وجود عمّال عديدين لتشغيل الماكنة .

والتحقيق : أنّ الذابح هو الشخص الذي يتحقّق على يده الجـزء الأخـير مـن سبب الذبح ، فإذا فرض أنّ الماكنة كانت في حالة التشغيل ويأخذ العامل الحيوان ويربطه بها الواحد تلو الآخر ليذبح اتوماتيكياً كان الذابح من يقوم بربط الحيوان لا محالة ؛ لأنّه المحقّق للجزء الأخير ويكون الذبح بعد ذلك بمثابة الفـعل التـوليدي الصادر منه فيجب التسمية عليه .

وعندئذٍ يمكن أن يقال : بكفاية التسمية عند ربط كلّ حيوان بالآلة أو وضعه على المذبح ؛ لأنّه شروع في الذبح بها ، ويكفي التسمية عنده ؛ لصدق عنوان ﴿ **فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ** ﴾ [١] . نعم ، لو كان ربطه لأجل أن يذبح فيما بعد بالآلة لا الآن لم يجزىء التسمية عنده .

وقد ينعكس الأمر بأن يفرض ربط الحيوان بالآلة أوّلاً ثمّ تشغيلها ، أو يكـون المسؤول عن تشغيلها شخص آخر غير من يربطالحيوان بها ، كما لعلّه كذلك فـي ذبح الدجاج بالماكنة حيث يربط بشريط دائري ثم يجعل الشريط على المـاكـنة لتدور بها على المذبح سريعاً ، ففي مثل ذلك يكون تشغيل الماكنة أو وضع الشريط عليها هو الجزء الأخير من السبب ، فيكون المسؤول والمتصدّي لذلك هو الذابـح فيجب تسميته . ولو كان بفعل أكثر من واحد كفى تسمية واحد منهم في صدق ذكر اسم الله على الذبيحة ، وما تقدّم من عدم كفاية تسمية غير الذابح لا يخرج إلّا ما إذا كانت التسمية من الأجنبي لا المشارك في الذبح الذي يكون ذابحاً أيضاً .

وهل يمكن الاكتفاء بتسمية واحدة حين تشغيل الماكنة على الشريط أو يجب تكرارها إلى حين انتهاء الشريط وذبح جميع الذبائح المربوطة به ؟

---

(١) الأنعام : ١١٨ .

يمكن تقريب جواز الاكتفاء بالتسمية الواحدة بأنّ تشغيل الماكنة على الشريط شروع في ذبح جميع ما هو مربوط به عرفاً ، فيصدق على الجميع أنّه ممّا ذكر اسم الله عليه ، وما أُهلّ به لله .

ويؤيّده كفاية التسمية في الصيد حين الإرسال وعدم الحاجة إلى تكرارها حتى إصابة الصيد مهما طال الفاصل بينهما . فإذا قصد الذابح بالآلة ذبح جميع ما على الشريط من الدجاج مثلاً بحركة تشغيل الآلة وذكر اسم الله بهذا القصد والنيّة فقد ذكر اسم الله عليها جميعاً وإن كان ترتّب الذبح تدريجياً ؛ لأنّ السبب والفعل الاختياري الصادر من الذابح في ذبح جميعها كان بتشغيل الآلة لا غير ، ويكفي هذا المقدار في صدق التسمية بمعنى ذكر اسم الله عليه ، ولا يشترط الذكر حين تحقّق فري الأوداج ، وقد طبق هذا العنوان على الصيد وإرسال الكلب المعلّم الذي يكون التسمية والذكر فيه متقدّماً زماناً على تحقّق إمساك الصيد عادة .

وعلى هذا ، قد يقال في المقام : بكفاية التسمية حين تشغيل الآلة بالنسبة لما ربط بها من الحيوانات من أجل الذبح . بل يمكن أن يقال : بعدم الاجتزاء بالتسمية حين الذبح إذا تركها عمداً حين التشغيل ، نظير ما قيل في الصيد ؛ لأنّ فعل الذبح إنّما يصدر منه بذلك ، ولا فعل آخر له بعد ذلك لتكون التسمية عنده تسمية عند ذبحه .

إلّا أنّ هذا إنّما يصحّ فيما إذا كان مجرّد تشغيل الآلة أو ربط الحيوان بها علّة تامة لترتّب الذبح ، بحيث لا يمكنه الحيلولة دونه بإيقاف الآلة ، كما في الأسباب التوليدية كالإلقاء في النار أو رمي السهم للصيد .

وأمّا إذا كان بحيث يمكنه إيقاف العمل والحيلولة دون تحقّق الذبح في مرحلة البقاء ، فليس الفعل سبباً توليدياً إلّا بضمّ عدم المنع بقاء ، فيكون الاستناد في ذلك الزمان لا قبله ، فقد لا تكفي التسمية عند تشغيل الآلة في مثل ذلك إذا كان الفاصل طويلاً ، بل لا بدّ منها حين تحقّق الذبح .

وعلى كل تقدير ، فلا إشكال في الحلّية إذا فرض تكرار الذابح بالآلة لاسم الله تعالى حتى تحقّق الذبح بها .

ولا ينبغي توهم الاجتزاء بكتابة اسم الله على الآلة أو وضع مسجّلة تردّد اسم الله حين تشغيلها ، فإنّه ـ مضافاً لما تقدّم من اشتراط تسمية الإنسان الذابح ـ أنّ عنوان ذكر الله أو التسمية متقوّم بقصد المعنى والالتفات إليه ، ولهذا لو تلفّظ به الذابح غير قاصد لمعناه أصلاً لم يكن مجزياً ؛ لعدم كونه ذكراً لاسم الله ، وهذا واضح .

الأمر الثالث : (عدم تحقّق الاستقبال) :

كما أنّه قد يرد الإشكال من ناحية الإخلال بشرطية الاستقبال ، حيث يقال : بأنّ المستظهر من الروايات والذي عليه الفتوى في مذهبنا اشتراط الاستقبال بالذبيحة ، بأن تُوجَّه مقاديمها حين الذبح للقبلة أو وضعها على الجهة اليمنى أو اليسرى إلى القبلة ، وهذا لا يتحقّق بالذبح مع المكائن الحديثة عادة .

الجواب :

أنّه لا بأس ببحث كبرى هذه الشرطية أوّلاً ، ثمّ البحث عن كيفية تطبيقها في المقام ثانياً .

أوّلاً (البحث الكبروي) :

فنقول : لقد استدلّ على شرطية الاستقبال في الجملة بدليلين :

(أوّلهما) الإجماع بقسميه ، كما في الجواهر وغيره من الكتب . و(ثانيهما) الأخبار الخاصّة .

وقبل البحث عن هذين الدليلين لا بدّ من تشخيص ما هو مقتضى القاعدة إذا لم يثبت شيء منهما ، فهل هو الحلّية أو الحرمة ؟

ظاهر بعض القدماء كالسيّد المرتضى ﷺ في الانتصار الثاني ، وأنّه ما لم يثبت دليل على التذكية في فرض عدم الاستقبال يحكم بكونه ميتة ، ويقتصر في المذكّى على المتيقّن وهو ما إذا استقبل بذبيحته القبلة .

فقد ذكر في الانتصار « وأيضاً فإنّ الذكاة حكم شرعي وقد علمنا أنّه إذا استقبل القبلة وسمّى اسم الله تعالى يكون مذكّياً باتّفاق ، وإذا خالف ذلك لم يتيقّن كونه مذكّياً ، فيجب الاستقبال والتسمية ليكون بيقين مذكياً »[١] . وتابعه على هذا الاستدلال جملة من الفقهاء .

والصحيح هو الأوّل أي الحكم بالحلّية وعدم اشتراط الاستقبال إذا شكّ في الدليل على شرطيّته .

وذلك لأنّ مقتضى الأصل العملي وإن كان هو استصحاب عدم التذكية عند الشكّ في حصولها ـ بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية وجريان أصالة عدم التذكية على ما حقّق في محلّه من علم الأُصول ـ إلّا أنّ مقتضى الدليل الاجتهادي حصول التذكية بغير الاستقبال أيضاً إذا تحقّقت سائر الشرائط المعتبرة ، وذلك بالرجوع إلى عمومات التذكية في الكتاب الكريم والروايات .

أمّا الإطلاق الكتاب الكريم في فيمكن استفادته من آيات عديدة منها :

١ ـ قوله تعالى في سورة الأنعام : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ إِن كُنتُم بِآيَاتِهِ مُؤْمِنِينَ * وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وَقَدَ فَصَّلَ لَكُم مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيراً لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾[٢] .

وتقريب الدلالة : أنّ الأمر بالأكل في الآية الأُولى إرشاد إلى الإباحة أو حلّية الذبيحة وذكاتها ؛ وذلك لمقام توهّم الحظر ، وبداهة عدم وجوب الأكل ، والآية الثانية قرينة على ذلك أيضاً . ومقتضى إطلاقها كفاية ذكر اسم الله في الحلّية والتذكية ، بلا حاجة إلى شرط آخر من الاستقبال أو طهارة الذابح أو غير ذلك ، بل الآية الثانية ـ بقرينة قوله تعالى فيها : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَا حَرَّمَ عَلَيْكُم ﴾ ـ كالصريحة

---

(١) الانتصار : ١٩١ / ط . منشورات الشريف الرضي ـ قم .

(٢) الأنعام : ١١٨ ـ ١١٩ .

في العموم ، وأنّ غير ما فصّله وحكم بحرمته بالآيات الأُخرى ـ وهو الميتة والمنخنقة والمتردّية ونحوها وما أُهلّ لغير الله وما ذبح على النصب ـ يكون حلالاً .

لا يقال : إنّ الآية ليست في مقام بيانأكثر من شرطية ذكر اسمالله ، وأنّ ما لم يذكر عليه اسم الله يكون حراماً ، كما أكّد ذلكبعد آيتين بقولهتعالى : ﴿ **وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ** ... ﴾ [1] فلا يمكن أن يستفاد منها نفي الشروط الأُخرى ، ومن هنا لم تذكر في الآية الشرائط المعتبرة في الذبح ، بل لم يذكر فيها أصل الذبح ، مع أنّه لا إشكال في عدم كفاية مجرّد ذكر الاسم في حلّية ما زهقت روحه بغير الذبح كالنطيحة والمتردية أو كان الحيوان ممّا لا يقبل التذكية أصلاً .

فإنّه يقال : فرق واضح بين الآيتين ، فتارة يقال : لا تأكلوا ممّا لم يذكر اسم الله عليه فهذا ظاهر في الشرطية ، وأُخرى يقال : كُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسمُ اللهِ عَلَيْهِ فهذا ظاهر في أنّ ما ذكر عليه اسم الله حلال مذكّى ، فيصحّ التمسّك بإطلاقه لنفي شرط آخر في الحلّية ، خصوصاً مع القرينة التي ذكرناها من تفصيل ما حرّم عليكم . والآية المذكورة بعد آيتين أيضاً قرينة على أنّ المراد من الأمر بالأكل ممّا ذُكِرَ اسم الله عليه حلّية كلّ ما يذكر اسم الله عليه وجواز أكله ، لا مجرّد شرطية ذكر اسم الله وإلّا كان تكراراً محضاً وركيكاً .

نعم ، لا إطلاق في الآية لغير المذبوح والمنحور ؛ لأنّ ذلك مذكور تقديراً ، لانصراف عنوان ما ذكر اسم الله عليه على المذبوح ونحوه ، لأنّ ما ذكر اسم الله عليه عنوان مقابل لما كان يصنعه المشركون من الذبح للأصنام والآلهة ، فأصل الذبح مفروغ عنه في الكلام ، كما ذكره المفسّرون ؛ لأنّ ذكر الاسم إنّما يكون فيه لا في النطيحة والمتردّية والموت حتف الأنف .

فلا إطلاق في الآية من هذه الناحية ، كيف ! والميتة بأقسامها المذكورة في

---

(١) الأنعام : ١٢١ .

الآيات الأُخرى من المتيقن والواضح دخولها فيما فصّل القرآن تحريمه ، والذي أخرجته الآية الثانية .

كما لا إطلاق في الآية من ناحية قابلية المحلّ ـ وهو الحيوان ـ للتذكية كما إذا شكّ في قبول السباع أو الحيوان الجلّال للتذكية ؛ لعدم النظر فيها إلى الحلّية والحرمة النفسية في الحيوانات ، وإنّما النظر إلى الحلّية والحرمة الناشئة من التذكية والذبح بعد الفراغ عن حلّية لحم الحيوان في نفسه .

وإن شئت قلت : إنّ تلك الحلّية والحرمة تضاف إلى نفس الحيوان بقطع النظر عن ذبحه ، بينما هذه الآية ناظرة إلى حلّية الأكل من ناحية الذبح ، ولهذا نجد ذلك في آية أُخرى وهي قوله تعالى في سورة الحجّ : ﴿ **وَأُحِلَّتْ لَكُمُ الأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ** ﴾ [١] .

بل يمكن دعوى عدم إطلاق الآية أيضاً بالنسبة للشرائط المادية المحتمل اعتبارها في الذبح من حيث هو ذبح ، كشروط آلة الذبح أو مذبح الحيوان ؛ لأنّ كلّ ذلك مفروض مفروغاً عنه في الآية ، وليست الآية بصدد بيانه ، وإنّما هي بصدد بيان ما يشترط زائداً على أصل الذبح ـ الذي هو فعل تكويني خاصّ ـ من الشروط المعنوية المربوطة بالذبح بما هو نسك كالتسمية أو الاستقبال أو أن يكون الذابح مسلماً أو متطهّراً ونحو ذلك . وإن كان قد وقع التمسّك بإطلاق الكتاب في كلمات الأصحاب من كلتا الجهتين ، فهذا صاحب الجواهر ﵀ يتمسّك في مسألة عدم حرمة الذبيحة بإبانة رأسها عمداً بإطلاق الآيات ، حيث قال : « وعلى كلّ حال ، فالظاهر عدم حرمة الذبيحة بذلك ، كما صرّح به كثير ، ومنهم جملة من القائلين بالحرمة ، بل عن بعض نفي الخلاف فيه ؛ لإطلاق الأدلّة كتاباً وسُنّة » [٢] .

---

(١) الحجّ : ٣٠ .

(٢) جواهر الكلام ٣٦ : ١٢٢ ، وانظر : ١٢٣ ، ١٤٧ .

وأيّاً ما كان ، فالإطلاق في الآية بالنسبة لما نحن بصدده تامّ ، ولا وجه لدعوى كونها في مقام البيان من ناحية شرطية التسمية فقط ، وأنّ المراد الأمر بالأكل إذا تحقّقت سائر شروط التذكية ، فإنّ هذا لازمه أنّ الأمر بالأكل لا يكون إرشاداً إلى التذكية والحلّية من ناحيتها ، وهذا خلاف الظاهر جدّاً ، بل غير محتمل في نفسه ؛ إذ لا يحتمل التكليف النفسي بالأكل ، فإذا كان إرشاداً إلى الحلّية من ناحية التذكية ، فلا محالة تكون الآية في مقام البيان من ناحية الحلّية بملاك التذكية ، فيصحّ التمسّك بإطلاقها ، إذ لا يشترط في الإطلاق أكثر من هذا المقدار .

نعم ، لو كان لسان الخطاب أنّ التسمية شرط في حلّية الأكل كان غير نافٍ لوجود شرائط اُخرى له إلّا أنّ هذا لم يرد فيه ، بل الوارد الأمر بالأكل الذي هو إرشاد إلى الحلّية لا الشرطية ، ومقتضى إطلاقه لا محالة نفي دخالة غيره في الحلّية وإلّا لم تكن متحقّقة بذكر الاسم ولم يكن يجوز الأكل ، وهذا نظير قوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [1] في إثبات حصول التذكية بالإمساك مع ذكر اسم الله بلا احتياج إلى شرط آخر ، وقد وردالتمسّك به في صحيح جميل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه ولا يكون معه سكّين فيذكّيه بها ، أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه ؟ قال : لا بأس . قال الله عزّ وجلّ : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ » [2] .

وممّا يشهد على صحّة التمسّك بإطلاق الآية في المقام تمسّك الإمام عليه السلام في بعض الروايات بذلك ، كرواية الورد [أبي الورد] بن زيد قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : حدِّثنيحديثاً وأمله عليّ حتى أكتبه فقال : أين حفظكم يا أهل الكوفة ؟ قال : قلت : حتى لا يردّه عليَّ أحد . ما تقول في مجوسي قال بسم الله

(١) المائدة : ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٦٢ ، الباب٨ من أبواب الصيد ، ح١ .

ثمّ ذبح ؟ فقال : كل . قلت : مسلم ذبح ولم يسمّ ؟ فقال : لا تأكله . إنّ الله يقول : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ ﴾ و ﴿ وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَم يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ ﴾ » [١] فقد استدلّ الإمام عليه‌السلام على نفي شرطية إسلام الذابح ـ مع فرض تسميته ـ بإطلاق الأمر بالأكل ممّا ذكر اسم الله عليه .

وقد استدلّ المفيد في المقنعة [٢] على حلّية ذبيحة الكتابي إذا سمّى بإطلاق الآيات ، كما استدلّ العلّامة في المختلف بإطلاق الآيات لإثبات حلّية ما يذبحه كلّ منتحل للإسلام ولو لم يكن من أهل الحقّ ، كما استدلّ الشيخ في الخلاف [٣] بإطلاقها لإثبات الحلّية والتذكية إذا قطع رأسها بالذبح ، كما استدلّ بها ابن إدريس [٤] ـ ووافقه العلّامة في المختلف [٥] ـ على عدم حرمة الذبيحة بسلخها قبل بردها أو قبل موتها . فراجع كلماتهم ليظهر لك ثبوت الإطلاق في الكتاب من هذه الناحية جزماً ، وإن شككنا فيه من ناحية كيفية فعل الذبح الخارجي .

٢ ـ قوله تعالى في سورة المائدة : ﴿ . . فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ وَاتَّقُواْ اللهَ إِنَّ اللهَ سَرِيعُ الحِسَابِ ﴾ [٦] .

وهي وإن كانت متعرّضة بصدرها للصيد لا للذباحة ، ولا يشترط فيه الاستقبال جزماً ، إلّا أنّه يمكن دعوى إطلاق قوله تعالى : ﴿ وَاذْكُروا اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ ﴾ في الذيل وشموله للصيد ولما يذبح منه إذا أدركه الصياد حيّاً ولما يذبح ابتداءً المبيّن في

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٥٣ ، الباب٢٧ من أبواب الذبائح ، ح٣٧ .

(٢) المقنعة : ٥٧٩/ ط . جامعة المدرسين ـ قم .

(٣) الخلاف ٣ : ٢٥٨ ، المسألة ١٣/ ط . دار الكتب العلمية ـ قم .

(٤) السرائر ١ : ١١٠/ ط . جامعة المدرسين ـ قم .

(٥) المختلف ـ كتاب الذبائح .

(٦) المائدة : ٤ .

الآية السابقة لها ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ . . . إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [١] فالذيل جملة مستقلّة مطلقة ترجع إلى كلّ ما يراد تذكيته سواء فيذلك ما يذبح أو ما يصاد من دون إدراكه حيّاً أو مع إدراكه حيّاً .

ولعلّ القرينة على هذا الإطلاق تأخير ذكره ، فإنّه لو كان النظر إلىالتسمية في الصيد خاصّة كانالمناسبذكره حين إرسالالجوارح ، والذي هو قبلتحقّق الإمساك منهن عادة ، فالحاصل ظاهر هذه الجملة في ذيل هذه الآية النظر إلى مجموع ما بُيّن في الآيتين الآية الأُولى المتعرّضة للذبح والآية الثانية المتعرّضة للصيد وأنّ التذكية منهما معاً يكون بذكر اسم الله عليه كلّ بحسبه وما عداه حرام ، فيمكن التمسّك بإطلاقه لنفي شرطية الاستقبال زائداً على ذلك ، وإلّا كان يلزم ذكره أيضاً .

٣ ـ قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُواْ للهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ * إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٢] .

وجه الدلالة : أنّها وإن ذكرت بالمطابقة حرمة ما أُهلّ به لغير الله ـ أي نودي عليه لغير الله ـ ولكن حيث ذكرت ذلك بأدوات الحصر المستفاد من صدر الآية وذيلها ومن السياق والأمر بأكل الطيبات في الآية الأُولى ، فلا محالة يستفاد منها حلّية ما عدا ذلك ممّا لم يذكر ، ومنه ما أُهلّ به لله من الذبائح ولو لم يستقبل به القبلة ؛ لأنّه ليس ممّا أُهلّ به لغير الله ولا الميتة ولا لحم الخنزير . وما أُهلّ به لغير الله يراد به الذبيحة التي لم يذكر اسم الله عليها ؛ امّا لأنّه ما لم يذكر اسم الله عليها فقد أُهلّ بها

(١) المائدة : ٣ .

(٢) البقرة : ١٧٢ ـ ١٧٣ .

لغير الله ، أو من باب التقييد أو القرينة القرآنية المنفصلة على إرادته حيث ورد في آية أُخرى : انّ ما لم يذكر اسم الله عليه فسق [(١)] .

ودعـوى : أنّ الآية ليست في مقام الحصر الحقيقي ، كيف! وإلّا لزم التخصيص الكثير أو الأكثر المستهجن .

مدفوعة : بالمنع عن ذلك ؛ لأنّ ما ثبتت حرمته يمكن أن يكون خروجه عن إطلاق الحصر بعنوان كلّي كالمسوخ أو السباع ، بل يحتمل أنّ ما ثبت حرمته لم يكن محرّماً بعدُ عند نزول الآية ، وإنّما شرّع تحريمه فيما بعد ، أو شرّع النبيّ ﷺ ذلك بإذن من الله سبحانه ، فلا خلل في الإطلاق القرآني المذكور كما لا يخفى .

نعم ، قد يقال : بعدم النظر فيها إلى ما يتحقّق به الذبح ؛ لأنّه مفروض فيما يهلّ به ، كما ذكرنا في الآيات السابقة .

٤ ـ قوله تعالى في سورة الحجّ : ﴿ لِيَشْهَدُواْ مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِن بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ البَائِسَ الفَقِيرَ ﴾ [(٢)] .

وأوضح منها قوله تعالى في السورة نفسها : ﴿ وَالبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُم مِن شَعَائِرِ اللهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ القَانِعَ وَالمُعْتَرَّ كَذَلِكَ سَخَّرْنَاهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ [(٣)] .

وجه الدلالة : أنّهما دلّتا على اشتراط ذكر اسم الله على البهيمة ، وفرّعتا الأكل والإطعام على ذلك ، ولم تذكرا الاستقبال ، فيكون مقتضى إطلاقهما كفاية التسمية في حصول التذكية فيما يذبح من بهيمة الأنعام ، وعدم اشتراط شيء آخر من القيود المعنوية التعبّدية كالاستقبال .

---

(١) الأنعام : ١٢١ .

(٢) الحجّ : ٢٨ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦ .

وقد يناقش في الاستدلال بالأولى منهما : بأنّها أجنبية عن المقام ؛ إذ الظاهر ـ أو المحتمل على الأقل ـ أن يكون المراد من ذكر اسم الله في أيام معدودات ذكر الله في أيام منى ، ويكون حينئذٍ المراد بقوله تعالى : ﴿ **عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِن بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ** ﴾ المقابلة ، أي يكون ذكر الله في مقابل ما رزقهم من الأنعام في تلك الأيام ، فلا ربط لها بالتسمية على الذبح .

وفيه : أنّه خلاف الظاهر جدّاً ؛ ولذلك لم يشر إليه أكثر المفسّرين للآية ، بل فسّروها بذكر اسم الله على الذبيحة وأرسلوا ذلك إرسال المسلّم ، والوجه في ذلك ـ مضافاً إلى أنّ الذكر لاسم الله غير ذكر الله ، فلو كان المقصود ما قيل كان ينبغي أن يقال : فاذكروا الله ، كما ورد في قوله تعالى : ﴿ **وَاذْكُرُواْ اللهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْراً** ﴾ [١] وقوله تعالى : ﴿ **وَيَذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ** ﴾ [٢] وغيرهما من الآيات ، بخلاف ذكر الاسم ، فإنّه يناسب الإهلال والافتتاح ، ومضافاً إلى أنّ الذكر لا يناسب أن يكون في قِبال شيء ، وعليه فلا يقال ذكر الله على ما أعطاه ، وإنّما يقال شكره أو حمده على ما أعطاه ـ أنّ سياق هذه الآيات وما ورد بعد هذه الآية من قوله تعالى : ﴿ **وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنسَكاً لِيَذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِن بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ** ﴾ [٣] والآية الثانية قرينة قاطعة على أنّ النظر إلى ذكر الاسم على الذبيحة .

وقد يناقش في الاستدلال بالآيتين معاً :

تارة : بما نسب إلى الزمخشري من أنّ الأمر بذكر الاسم كناية عن الذبح فكأنّه قيل فاذبحوها وأطعموا البائس الفقير ، فلا يكون النظر فيها إلى نفس التسمية واشتراطها في التذكية ، فضلاً عن غيرها من الشروط .

---

(١) البقرة : ٢٠٠ .

(٢) الحجّ : ٢٨ .

(٣) المصدر السابق : ٣٤ .

وفيه : أنّ الآيات صريحة في النظر إلى حيثيّة ذكر الاسم والعناية به لا الذبح ، وفي الكناية تكون العناية للمكني عنه لا المكني به . نعم ، يستفاد بالملازمة من الأمر بذكر الاسم في مقام الذبح الأمر بالذبح أيضاً لمن ساق معه البدن ، لا أنّ الأمر بذكر الاسم كناية عنه ، ولعلّ هذا مقصود الزمخشري أيضاً .

وأُخرى : بأنّ هذه‌الآيات وإن كانت ناظرة إلى حيثية ذكر الاسم في مقام الذبح ، ولهذا يفهم منه اشتراط‌التسمية في‌التذكية ، إلّا أنّ ذلك ورد فيها بعنوان أنّه منسك وشعار للمسلمين في‌قِبال‌الكفّار ولو في‌مقام‌الذبح بمنى في‌الحجّ ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنسَكاً لِيَذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِن بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ ﴾ ، فيكون الأمر بذكر الاسم فيها أمراً بإقامة هذا الشعار ، لا لبيان ما تتحقّق به التذكية ، وإن كان يفهم منه بالالتزام شرطية التسمية في الذبح إلّا أنّ هذه دلالة التزامية وليست الآية في مقام بيانها ليتمسّك بإطلاقها لنفي شرطية شرط آخر في التذكية .

وفيه : أنّ‌هذا إن صحّ في‌الآية‌الأُولى فلايصحّ في‌الثانية ؛ لأنّها ناظرة‌إلى حيثية حلّية‌اللحم وما يتوقّف على جواز أكله‌وإطعامه ، بقرينة مافيها من‌الترتيب والتفريع ، وأنّه لا بدّ من ذكر الاسم عليها وهي صوافّ ، فإذا وجبت‌جنوبها أُكل منها وأُطعم ، وهذا ظاهر في‌التصدّي لبيان ما يتوقّف عليه حلّية‌اللحم ، فإذا سكت عن غير التسمية دلّ ذلك على عدم اشتراطه فيها ، خصوصاً وانّ الاستقبال لو كان واجباً فهو أيضاً كالتسمية شعار آخر في قبال الكفّار كان ينبغي ذكره ، بل لعلّ صدر الآية الثانية تدلّ على أنّ الشعار نفس الأضحية وتقديم البُدن ، وأمّا ذكر الاسم على البهيمة فهو مربوط بحلّيتها وجواز أكلها والإطعام ، كما أنّ الآية الثلاثين من هذه الآيات ﴿ ذَلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ حُرُمَاتِ اللهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ عِندَ رَبِّهِ وَأُحِلَّتْ لَكُمُ الأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُواْ الرِّجْسَ . . . ﴾ [١] ظاهرة في النظر إلى حيثيّة الحرمة والحلّية في اللحم .

---

(١) الحجّ : ٣٠ .

وثالثة : بأنّ حيثية التذكية وحلّية اللحم حيث إنّه لم يتعرّض لها مستقلّاً بل عرضاً وضمناً ، فلا يمكن إجراء الإطلاق ومقدّمات الحكمة فيها لنفي وجود شرط آخر غير التسمية بمجرّد السكوت عن ذكرها .

وفيه : أنّه لا يشترط في تمامية مقدّمات الحكمة أكثر من أصل التعرّض والتصدّي لبيان حيثية سواء كان ذلك مستقلاً أو في ضمن جهات أُخرى ، كما إذا تعرّض خطاب لبيان حكمين أو أكثر .

وإن شئت قلت : إنّ جملة ﴿ **فَاذْكُرُواْ اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُواْ** . . ﴾ في مقام بيان ما يتوقّف عليه حلّية اللحم ، وسائر الجمل في مقام بيان المناسك والشعائر في الحجّ ، وكلّ منهما مستقلّ عن الآخر ، وإنّما جمع بينهما لابتلاء المكلّف بهما معاً في الحجّ .

ورابعة : بأنّ الآية أساساً ليست في مقام بيان أكثر من شرطية التسمية دون سائر الشرائط فإنّها حيثيات أُخرى مسكوت عنها .

وهذا إشكالعام في هذه الآية وغيرها وله جواب عامّ أشرنا إليه إجمالاً فيما سبق ، وتفصيله : أنّ الخطاب لو كان بلسان الإخبار عن الشرطية كما إذا قال : « التسمية شرط في حلّية الذبيحة » ، أو بلسان النهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه ، فمن الواضح أنّ هذا لا ينافي ثبوت ألف شرط آخر ، إلّا أنّ هذا اللسان لم يرد هنا ، وإنّما الوارد لسان الأمر بالأكل أو الإطعام الدالّ على الحلّية إرشاداً أو بالملازمة ، وحمل ذلك على النهي أو الشرطية خلاف ظاهر الأمر جدّاً ، وإنّما ظاهر الأمر بالأكل أو الإطعام حلّية الذبيحة فعلاً ، فإذا علّق ذلك على ذكر الاسم كان مفاد الآية حلّية الذبيحة إذا ذكر اسم الله عليها ، فكأنّه قال إذا ذكر اسم الله عليها ووجبت جنوبها حلّ أكلها وإطعامها ، فيتمّ الإطلاق فيه عندئذٍ لنفي دخل قيد وشرط آخر في ثبوت تلك الحلّية وجواز الأكل ؛ إذ ثبوت شرط آخر يستلزم امّا تقييد إطلاق ترتّب الحلّية وجواز الأكل على التسمية بقيد من قبيل إذا تحقّقت سائر الشروط ، أو

حمل الأمر بالأكل والحلّية على الحكم الحيثي لا الفعلي الحقيقي، وكلاهما خلاف الظاهر ؛ إذ الأوّل خلاف إطلاق الترتّب والتفريع، والثاني خلاف ظاهر ما يدلّ على الحكم وهو الأمر، فإنّ ظاهره الحلّية الحقيقية الفعلية، لا الحيثية ومن ناحية ذلك الشرط فقط، فإنّها ليست حلّية حقيقية لا جعلاً ولا مجعولاً ؛ إذ الحكم لا ينحلّ ولا يتعدّد بتعدد قيود موضوعه.

نعم، لو كانت هناك حلّيتان مستقلّتان جعلاً وموضوعاً، كالحلّية من ناحية التذكية والحلّية من ناحية الطهارة لم يكن الإطلاق من ناحيةإحداهما نافياً للأُخرى، وبهذا ظهر الفرق بين المقام وبين ما هو المقرّر من عدم الإطلاق في قوله تعالى: ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ لنفي نجاسة موضع الإمساك والحلّية من ناحيتها.

٥ ـ قوله تعالى في سورة الأنعام: ﴿ قُل لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّه رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (١).

٦ ـ وقوله تعالى في سورة النحل: ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ اللهُ حَلَالاً طَيِّباً وَاشْكُرُواْ نِعْمَةَ اللهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ * إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٢).

وهما كالآية المتقدّمة من سورة البقرة، فإنّ هذهالآياتالثلاث بمضمون واحد وألفاظ واحدة، وهي ظاهرة في الحصر، بل آية الأنعام صريحة فيه ؛ لأنّ عدم وجدان النبيّ للمحرّم فيما أُوحي إليه مساوق لعدم وجوده، فتكون دلالة هذه الآيات على عدم حرمة غير العناوين المذكورة فيها ـ ومنها ما ذبح وأُهلّ به لله من

(١) الأنعام: ١٤٥.

(٢) النحل: ١١٤ ـ ١١٥.

الذبائح من غير استقبال للقبلة ـ تامّة . ودعوى لزوم تخصيص الأكثر قد عـرفت جوابـه .

هذا مضافاً إلى تمسّك الفقهاء بهذه الآيات وما فيها من الحصر ، خصوصاً آيـة الأنعام لإثبات حلّية الأطعمة المحلّلة كثيراً ، بل ورد ذلك في جملة من الروايات الصحيحة ، منها صحيح محمّد بن مسلم [(١)] المنقول في العلل والتهذيب ، مع شيء من الاختلاف .

ويظهر من عدّة روايات أنّ جملة ممّا حرّم بعد ذلك كـان بـنهي النـبيّ ﷺ وتحريمه فلعلّه من تشريعاته ، فلا ينافي دلالة الآية عـلى الحـصر ؛ لأنّ تشـريع النبيّ ﷺ بعدها بمثابة الناسخ لتلك الحلّية الثابتة أوّلاً بمقتضى الآية كما لا يخفى ، فالإطلاق في الآيات تامّ في نفسه .

وأمّا الإطلاق في الروايات فيمكن استفادته من عدّة طوائف منها :

١ ـ معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه‌السلام : « قال : قال أمير المؤمنين عليه‌السلام : ذبيحة من دان بكلمة الإسلام وصام وصلّى لكم حـلال إذا ذكـر اسـم الله تـعالى عليه » [(٢)] .

فإنّها لم تشترط في الذبح وحلّية الذبيحة غير إسلام الذابح وذكر اسم الله تعالى عليه ، فلو كان يجب أيضاً الاستقبال مطلقاً أو في صورة العلم والعمد للزم ذكره ، فيدلّ السكوت عنه مع كونها في مقام البيان على عدم الاشتراط .

ودعوى : أنّ الرواية ليست في مقام البيان من هذه الناحية ؛ لكونها ناظرة إلى حيثية إسلام الذابح فقط .

مدفوعة : بأنّ نظر الرواية إلى حيثية إسلام الذابح لا ينافي إطلاقها من نـاحية

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٩٤ ، الباب٥ من أبواب الأطعمة والأشربة ، ح٦ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٦ ، الباب٢٨ ، ح١ .

سائر الشروط إذا كان في مقام البيان من ناحيتها أيضاً، وفي المقام بقرينة ذيل الرواية حيث تعرّض لشرطية التسمية يفهم أنّها أرادت أن تعطي الكبرى الكلية للذبيحة المحلّلة لنا، فكأنّها قالت كلّما كان الذابح مسلماً وذكر اسم الله تعالى على الذبيحة فهي حلال، ومثل هذه الجملة لا إشكال في إطلاقها.

نعم، لا تكون الرواية ناظرة إلى شرائط عمل الذبح وما به يتحقّق، كما تقدّم نظيره في الآيات الشريفة السابقة؛ لأنّ تلك حيثية أُخرى لا نظر إليها، بل تحقّق الذبح مفروغ عنه.

٢ ـ الروايات الواردة في حلّية ذبيحةالمرأةوالغلام، كصحيح سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن ذبيحة الغلام والمرأة هل تؤكل؟ فقال: إذا كانت المرأة مسلمة فذكرت اسم الله على ذبيحتها حلّت ذبيحتها وكذلك الغلام إذا قوي على الذبيحة فذكر اسمالله وذلك إذا خيف فوتالذبيحة ولميوجد من يذبح غيرهما»[١].

وصحيح عمر بن أُذينة عن غير واحد رواه عنهما عليهما‌السلام: «إنّ ذبيحة المرأة إذا أجادت الذبح وسمّت فلا بأس بأكله، وكذلكالصبي، وكذلك الأعمى إذا سدّد»[٢].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه‌السلام في حديث: «أنّه سأله عن ذبيحة المرأة فقال: إذا كان نساء ليس معهنّ رجل فلتذبح أعقلهنّ ولتذكر اسم الله عليه»[٣].

ورواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه‌السلام في حديث: «أنّه سئل عن ذبيحة

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٣٣٨، الباب٢٣، ح٧.

(٢) المصدر السابق: ٣٣٩، الباب٢٣، ح ٨.

(٣) المصدر السابق: ٣٣٨، ح ٥.

المرأة فقال : إذا كانت مسلمة فذكرت اسم الله عليها فكل »[١] .

وروايته الأُخرى في الغلام : « إذا قوي على الذبح وكان يحسن أن يذبح وذكر اسم الله عليها فكل »[٢] .

ورواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال : « سألت عن ذبيحة المرأة والغلام هل تؤكل ؟ قال : نعم ، إذا كانت المرأة مسلمة وذكرت اسم الله حلّت ذبيحتها وإذا كان الغلام قوياً على الذبح وذكر اسم الله حلّت ذبيحته »[٣] .

والسؤال في هذهالروايات وإن كان عن شرطية البلوغ والرجولة إلّا أنّ جواب الإمام عليه‌السلام فيه تعرّض للكبرى وما يعتبر في الذابح والذبح ـ بقطعالنظر عمّا يتحقّق به فعل الذبح خارجاً ـ ، بقرينة ذكر التسمية وإسلامالذابحونحو ذلك ، فينعقد فيه إطلاق يمكن الاستناد إليه في نفي شرطية شرط آخر كالاستقبال ، وإلّا كان يذكره أيضاً .

٣ ـ بعض الروايات الواردة في ذبائح أهل الكتاب والتي تنهى عنه معلّلة بأنّ الذبيحة بالاسم ولا يؤمن عليها إلّا مسلم وأهل التوحيد ، ففي صحيح الحسين بن المنذر قال : « قلت لأبي عبدالله عليه‌السلام : إنّا قوم نختلف إلى الجبل والطريق بعيد بيننا وبين الجبل فراسخ ، فنشتري القطيع والاثنين والثلاثة ويكون في القطيع ألف وخمسمئة شاة وألف وستمئة شاة وألف وسبعمئة شاة ، فتقع الشاة والاثنان والثلاثة ، فنسأل الرعاة الذين يجيئون بها عن أديانهم ، قال : فيقولون : نصارى ، قال : فقلت : أيّ شيء قولك في ذبائح اليهود والنصارى ؟ فقال : يا حسين الذبيحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٨ ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣٦ ، الباب٢٢ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٣٣٩ ، الباب٢٣ ، ح١١ .

بالاسم ، ولا يؤمن عليها إلّا أهل التوحيد » [١] .

فقد جعل الميزان في حلّية الذبيحة بالاسم ، أي التسمية ، وإنّ إسلام الذابح إنّما يشترط لكي يحرز به ذلك ، حيث لا يؤمن عليه لو كان الذابح غير مسلم ، امّا لعدم ذكره وتسميته أصلاً ، أو لأنّه حتى إذا سمّى فهو غير قاصد لمعناه حقيقة .

والمستفاد من هذه الآية وغيرها أنّ شرطية إسلام الذابح ليس في عرض سائر الشروط وإنّما في طولها ، أي لأجل إحراز التسمية التامّة فلو أحرز صدورها من الكتابي كان مذكّى ، وبه يقيّد إطلاق ما دلّ على شرطية إسلام الذابح ، وهذا بحث آخر لا ندخل فيه فعلاً .

وعندئذٍ يقال : إنّ مقتضى إطلاق ذلك عدم اشتراط شيء آخر غير التسمية وما يحرزها وهو إسلام الذابح زائداً على أصل الذبح بخصوصياته الراجعة إلى تحقّق الذبح ، فلو كان الاستقبال شرطاً أيضاً كان ينبغي ذكره ، خصوصاً وانّ النصراني واليهودي لا يذبح إلى الكعبة يقيناً حتى إذا سمّى ، بل التعبير بأنّ الذبيحة بالاسم يفيد الحصر وعدم وجود شرط آخر فيه عدا ما يرتبط بالذبح كما أشرنا .

وقد يقال : بأنّ شرطية الاستقبال حيث إنّها خاصّة بصورة العلم والعمد على ما سيأتي ، فلا يقدح عدمه من الجاهل حتى بالشبهة الحكمية كغير الشيعي وأهل الكتاب ، وحيث إنّ السؤال في هذه الروايات قد وقع عن ذبائحهم وهم جاهلون بذلك فلا يكون سكوت الرواية عن ذكر هذه الشرطية دليلاً على عدمها لتحقّق الشرط في حقّهم وهو عدم التعمّد ، وهذا بخلاف الأدلّة الأُخرى المتعرّضة لبيان شرائط التذكية في نفسها في حقّ المسلم .

والجواب : إنّ هذا الإشكال قابل للدفع بأنّ مساق هذه الروايات أيضاً مساق

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٤٢ ، الباب٢٦ ، ح ٢ .

غيرها من الروايات الظاهرة في التعرّض لبيان شرائط التذكية والسؤال عن اشتراط إسلام الذابح وعدمه غاية الأمر قد صيغ ذلك بفرض السؤال عن ذبيحة النصراني واليهودي ، فيكون الاقتصار على شرطية التسمية ، بل حصر المطلب فيها دالاًّ على نفي غيرها . وإن شئت قلت : إنّ السؤال والجواب في هذه الروايات محمول أيضاً على القضية الحقيقية لا الخارجية ، وبنحو القضية الحقيقيّة يمكن فرض تعمّد مخالفة القبلة حتى من أهل الكتاب ، فلو كان شرطاً كان ينبغي ذكره .

وهكذا يتّضح أنّ مقتضى إطلاق الأدلّة الأولية كتاباً وسُنّة نفي هذه الشرطية فيكون هو المرجع عند الشكّ وعدم ثبوت دليل عليها مطلقاً أو في حالة معيّنة . وينبغي حينئذٍ على مدّعي الشرطية إقامة الدليل ، وقد ذكرنا أنّهم استدلّوا على ذلك بالإجماع وبجملة من الروايات .

أمّا الإجماع : والذي جعله في المستند هو العمدة ففيه ـ مضافاً إلى أنّه في مثل هذه المسألة التي تتوفّر فيها روايات عديدة تأمر بالاستقبال بالذبيحة لا يكون تعبّدياً ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ عبائر الفقهاء في كتبهم هي نفس تعبيرات الروايات ـ أنّ أصل حصول الإجماع غير ثابت ، وإنّما الثابت عدم التصريح بالخلاف من قبل أحد .

بل نلاحظ أنّ الشيخ المفيد في المقنعة [1] يذكر الاستقبال في سياق عدم قطع رأس الذبيحة قبل البرد ونحو ذلك ممّا لا يكون شرطاً في التذكية ، بل المشهور عدم حرمته ، وإنّما هو أدب من آداب الذبح ، فلعلّه كان يرى أنّ هذا أيضاً من آدابه ، أو أنّه أمر تكليفي وليس شرطاً في الحلّية . كما أنّ الشيخ ﷺ لم يذكر الاستقبال أصلاً في مبسوطه ولا في خلافه ، مع أنّه ألّفه لبيان ما يخالف فيه مع الجمهور ، وإنّما ذكره

(١) المقنعة : ٥٨٠ .

في النهاية بعنوان وينبغي أن يستقبل بذبيحته القبلة المشعر بعدم الوجوب، وإن كان قد ذيّله بعد ذلك بأنّه «فمن لم يستقبل بها القبلة متعمّداً لم يجز أكل ذبيحته»[١].

كما أنّ عبائر السيّد المرتضى ﵀ في الانتصار[٢] ظاهرها عدم الإجماع في المسألة؛ لأنّه استدلّ على ذلك بالأصل والقاعدة.

وأيّاً ما كان فتحصيل إجماع تعبّدي على شرطية الاستقبال في التذكية وحلّية الذبيحة من مثل هذه التعبيرات مشكل أيضاً.

وأمّا الروايات الخاصّة:

فهي العمدة والمهم في الاستدلال على شرطية الاستقبال، وهي على ثلاث طوائف:

طائفة: تأمر بالاستقبال بالذبيحة إلى القبلة مطلقاً، كصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر ﵇ «قال: سألته عن الذبيحة فقال: استقبل بذبيحتك القبلة». ومثله صحيحه الآخر «إذا أردت أن تذبح فاستقبل بذبيحتك القبلة»[٣].

وهناك روايتان معتبرتان أيضاً دلّتا على نفس المضمون، هما صحيح الحلبي[٤] وموثق معاوية بن عمّار[٥]. إلّا أنّهما واردتان في الأضحية والذبح بمنى، فيحتمل فيهما أن يكون ذلك من آداب أو شرائط الأضحية.

وطائفة أُخرى من الروايات: تقيّد ذلك بصورة العمد وتنفي البأس عن أكل

(١) النهاية: ٥٨٣/ ط. انتشارات قدس محمّدى ـ قم.

(٢) الانتصار: ١٩٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٦: ٣٢٤، الباب١٤ من أبواب الذبائح، ح١ ـ ٢.

(٤) المصدر السابق ١٠: ١٣٦، الباب٣٦ من أبواب الذبح من الحجّ، ح١.

(٥) المصدر السابق ١٠: ١٣٧، الباب٣٧ من أبواب الذبح من الحجّ، ح١.

ذبيحة لم يستقبل بها القبلة إذا لم يكن عن عمد ، كصحيح محمّد بن مسلم أيضاً « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذبيحة ذبحت لغير القبلة فقال : كل ولا بأس بذلك ما لم يتعمّده » [١] .

ومثله صحيح الحلبي ومعتبرة علي بن جعفر في كتابه [٢] .

وطائفة ثالثة : جمع فيها الأمر والنهي معاً ، وهي صحيح محمّد بن مسلم « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ذبح ذبيحة فجهل أن يوجهها إلى القبلة قال : كل منها . فقلت له : فإنّه لم يوجهها ؟ قال : فلا تأكل منها ، ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم الله عليها » [٣] .

والمشهور قيّدوا إطلاق الطائفة الأُولى بالثانية ، وحملوا الرواية الثالثة على أنّ المراد بالنهي فيها صورة عدم توجيه الذبيحة إلى القبلة عمداً ، بينما المراد بالإباحة والأمر بالأكل في صدرها صورة الجهل ، كما هو فرض السائل فيها . فتكون النتيجة اشتراط الاستقبال في صورة العلم وإمكان الاستقبال ، فلو جهل بالقبلة أو جهل بالشرطية أو كان لا يمكن ذلك ولو من جهة خوف موت الذبيحة لم يقدح في التذكية ؛ لعدم تحقّق العمد في تمام هذه الموارد ، والمدار على صدقه بمقتضى الجمع بين الروايات المذكورة .

مناقشة النراقي قدس سره للمشهور :

وقد ناقش في الاستدلال بالروايات على شرطية الاستقبال المحقّق النراقي [٤] : بأنّ مفادها غير ظاهر في ذلك ؛ إذ الأمر بالاستقبال في مثل قوله عليه السلام « استقبل

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٢٥ الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح٣ .

(٢) المصدر السابق : ٣٢٥ ، الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح٥ .

(٣) المصدر السابق : ٣٢٤ ، الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح٢ .

(٤) مستند الشيعة للمحقّق النراقي ٢ : ٤٥٥ المكتبة المرتضوية ـ طهران .

بذبيحتك القبلة » ، وكذلك نفي البأس في قوله عليه السلام في صحيح الحلبي « لا بأس إذا لم يتعمّد » يناسب التكليف النفسي بأن يجب الاستقبال حين الذبح في نفسه من دون أن يلزم من عدمه حرمة الذبيحة وصيرورته ميتة . وما ورد في صحيح محمّد بن مسلم من قوله عليه السلام « كل ولا بأس بذلك ما لم يتعمّده » مجمل من هذه الناحية ؛ لأنّ اسم الاشارة إذا كان راجعاً إلى الذبح لغير القبلة لا إلى الذبيحة كان ظاهراً في نفي البأس تكليفاً مع عدم التعمّد ، ومفهومه ثبوته كذلك مع التعمّد .

ردّ هذه المناقشة :

وقد يناقش فيما أفاده هذا المحقّق :

ـ أوّلاً : أنّ الأمر في مثل هذه الموارد إرشاد إلى الشرطية لا التكليف النفسي ؛ لاستبعاده في نفسه عرفاً ومتشرعياً ، ولأنّ المهم في باب الذبيحة والذي ينصرف النظر إليه ارتكازاً إنّما هو حكم أكل الذبيحة وتذكيتها ، فإذا أمر بشيء فيها كان ظاهره أنّ ذلك الغرض المهم لا يتحقّق إلّا بما أمر به ، نظير حمل الأمر بالغسل مرّة أو مرّتين على الإرشاد إلى أنّ التطهير لا يتحقّق إلّا بذلك لا الوجوب النفسي . إلّا أنّ هذا النقاش إنّما يتّجه إذا فرض عدم تناسب الموضوع المنهي عنه مع التكليف أو الآداب التكليفية ، وهو ممنوع في المقام ؛ إذ لا إشكال أنّ للذبح آداباً تكليفية كالنهي عن إيذاء الحيوان والأمر بكون الشفرة حادّة والأمر بسقيه قبل الذبح ، فليكن منها الاستقبال للقبلة .

ـ وثانياً : وجود قرائن في ألسنة الروايات تجعلها كالصريح في النظر إلى حكم الذبيحة لا فعل الذبح ، منها ـ ورود السؤال عن الذبيحة حيث قيل في أكثرها « سألته عن الذبيحة تذبح لغير القبلة » ممّا يدلّ على أنّ النظر إلى حكم الذبيحة لا حكم الذبح تكليفاً .

ومنها ـ ورود الأمر بالأكل في جواب الإمام في أكثرها ممّا يعني أنّ النظر إلى

حلّية الذبيحة لا الحكم التكليفي للاستقبال . وما ذكره المحقّق النراقي ﷺ من احتمال رجوع اسم الإشارة إلى الذبح خلاف الظاهر جدّاً ؛ لأنّ لازمه أنّ ذيل جواب الإمام أجنبي عن صدره ، وأنّ المراد من الأمر بالأكل حلّية الذبيحة ، بينما المراد من نفي البأس عن ذلك جواز فعل الذبح لغير القبلة في نفسه ، وهذا ليس عرفياً ؛ إذ العرف يرى أنّ الجملتين في قوله عليه السلام « كل ، ولا بأس بذلك » لبيان مطلب واحد وأنّ الثاني تعليل للأوّل ، لا مطلبان مستقلّان أحدهما غير الآخر .

وفي صحيح علي بن جعفر ورد الأمر بالأكل بعد التعبير بنفي البأس . وفي صحيح محمّد بن مسلم الآخر ورد التصريح بالنهي عن الأكل .

ومنها ـ التعبير بقوله عليه السلام « إذا لم يتعمّد » أو « ما لم يتعمّد » فإنّه أيضاً يناسب النظر إلى حكم الذبيحة لا فعل الذبح ؛ إذ لو كان النظر إلى فعل الذبح لغير القبلة وحرمته تكليفاً كان ما فيه بأس قد وقع ، غاية الأمر قد يكون معذوراً مع عدم العمد ، فلا يناسب التعبير عنه بـ « لا بأس إذا لم يتعمّد » ، كما يظهر بملاحظة أدلّة المحرّمات النفسية التكليفية . وإن شئت قلت : إنّ هذا القيد يناسب النظر إلى ما يترتّب على الفعل من الآثار والنتائج الوضعية الأُخرى لا حكم نفس الفعل الذي فرض وقوعه كذلك .

وثالثاً : لو سلّمنا إجمال الروايات الواردة في الاستقبال مع ذلك كانت النتيجة حرمة أكل الذبيحة التي لم يستقبل بها القبلة ؛ وذلك لتشكّل علم إجمالي إمّا بحرمة أكلها لكونها غير مذكاة ـ بناءً على استفادة الشرطية ـ أو حرمة عمل الذبح إلى غير القبلة ـ بناءً على النفسية ـ وهذا علم إجمالي منجّز يوجب الاحتياط باجتناب طرفيه ، بل تكفي أصالة عدم التذكية حينئذٍ لإثبات الحرمة ؛ بناءً على ما هو الصحيح من جريانها لإثبات الحرمة والمانعية وإن قلنا بعدم جريانها لإثبات النجاسة .

ولا يتوهّم محكوميتها للعمومات المتقدّمة ، إذ المفروض إجمالها بإجمال المخصّص لها ، وهو الروايات المذكورة ؛ لأنّ تلك العمومات كما تنفي الوجوب الشرطي للاستقبال حين الذبح كذلك تنفي ـ ولو بإطلاق مقامي فيها ـ الوجوب النفسي التكليفي له ، وإلّا لكان ينبغي ذكره ؛ لأنّه تكليف تعبّدي يغفل عنه العرف ، فيكون المقام من موارد إجمال المخصّص ودورانه بين المتباينين ، الذي يسري إجماله إلى العام إذا كان متّصلاً به ، ويوجب تعارض إطلاقيه إذا كان منفصلاً . وعلى كلا التقديرين لا يصحّ الرجوع إلى العام لنفي شرطية الاستقبال في حلّية الذبيحة ، كما هو مقرّر في سائر موارد المخصص للمجمل الدائر بين المتباينين .

نعم ، لا يتمّ الإطلاق المقامي في بعض الآيات من قبيل قوله تعالى : ﴿ **قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ . . .** ﴾ [(١)] .

وهكذا يتّضح أنّ ما استشكل به المحقّق النراقي ﷺ على المشهور قابل للدفع .

مناقشة المشهور :

وأمّا ما صنعه المشهور في فهم الروايات ـ حيث فسّروا العمد فيها بما يقابل السهو وما يقابل الجهل ولو بالحكم ولو عن تقصير ـ فهذا خلاف الظاهر ومغاير مع ما مشوا عليه في سائر الأبواب ؛ إذ العمد معناه القصد ، والعمد إلى فعل لا يتوقّف على العلم بحكمه ، فلو قصد الأكل ـ مثلاً ـ كان متعمّداً سواء علم بحرمته أم لا ، ومن قصد الذبح لغير القبلة كان متعمّداً سواءً علم بشرطيّة الاستقبال أم لا . نعم ، الجاهل بالموضوع ، أي بعنوان الفعل لا يكون متعمّداً ؛ لأنّ القصد والعمد إلى فعل فرع الالتفات والعلم أو الاحتمال له على الأقلّ ، كما أنّ المأخوذ لو كان عنوان تعمّد

---

(١) الأنعام : ١٤٥ .

مخالفة السُنّة أو المعصية لم يصدق مع الجهل بالحكم ؛ لأنّ عنوان المخالفة والمعصية يكون مجهولاً عندئذٍ ، فيكون من الجهل بالموضوع ، إلّا أنّ العمد أُضيف في هذه الروايات إلى نفس الذبح لغير القبلة . نعم ، ورد في مرسلة الدعائم عنوان مخالفة السُنّة على ما سنشير إليه . وهذا يعني أنّ مقتضى الصناعة تقييد الطائفة الأُولى بالثانية التي ورد فيها أنّ البأس ثابت في صورة العمد ويراد به صورة القصد إلى الفعل وهو الذبح لغير القبلة ، سواء علم بحكمه أم لا .

إلّا أنّ هذا على خلاف ما هو المسلّم من حلّية ذبائح المسلمين من سائر المذاهب مع صدق العمد إلى الفعل في حقّهم ، بل وعلى خلاف صحيحة محمّد ابن مسلم الأخيرة فإنّها صريحة بصدرها في جواز الأكل مع الجهل بالحكم ، لأنّ السؤال فيها عن حكم الجاهل بالحكم لا بالموضوع ، حيث ذكر « فجهل أن يوجهها إلى القبلة » ، ولم يقل « وجهل القبلة » .

وما صنعه المشهور في تفسيرها من حمل صدرها على صورة عدم العمد وذيلها على صورة العمد واضح البطلان ؛ إذ مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ الجهل بالحكم لا يرفع العمد ، صريح الرواية أنّ الفقرتين فيهما تسآل عن فرضية واحدة لا فرضيتين . وعليه ، فلو حملنا ذيلها على النهي عن الأكل لا الإخبار كان المتعيّن حمله على الكراهة والتنزّه ، لأنّ الأمر بالأكل في صدرها صريح في الحلّية ، بينما النهي ظاهر في الحرمة ، فيحمل على التنزّه لا محالة ، فيكون مفاد الصحيحة الكراهة وعدم الحرمة ، وعندئذٍ لا بدّ إمّا من تقييد روايات الطائفة الأُولى والثانية بصورة العلم بالحكم ، أو حمل الأمر فيها على الاستحباب .

ونحن لو لم نقل بتعيّن النحو الثاني للجمع ـ إمّا لاستحالة التقييد بذلك؛ لأنّه يلزم أخذ العلم بالحكم في موضوعه ، أو لاستبعاده في نفسه وعدم عرفيته ، أو لأنّه يوجب إلغاء عنوان العمد وإرادة العلم منه ، وهو ليس من التقييد بل مخالفة لظهور

وضعي ـ فلا أقلّ من تساوي الاحتمالين من حيث المؤونة العرفية ، بحيث لا مرجّح لأحدهما على الآخر فيكون مجملاً .

هذا ، ويمكن أن يقال : إنّ عنوان تعمّد الذبح لغير القبلة يساوق عرفاً التعمّد لحيثيّة الذبح لغير القبلة ؛ وذلك بأن يكون الذابح قاصداً مجانبة القبلة في الذبح ، نظير ما ورد في مسألة خلود من قتل مؤمناً متعمّداً في النار من أنّ المراد منه من تعمّد قتله بما هو مؤمن لحيثيّة إيمانه .

وإن شئت قلت : إنّ عنوان العمد قد يضاف إلى ذات المقيّد بقيد ، وقد يضاف إلى المقيّد بما هو مقيّد، أي إلى حيثيّة التقيّد ، وتشخيص ذلك يكون بالقرائن والمناسبات .

وفي المقام الظاهر هو الثاني ، فليس المقصود إضافة العمد إلى ذات الذبح لغير القبلة ، بل المقصود من يتعمّد مجانبة القبلة في الذبح بأنّ يتقصّد أن لا يذبح إليها ، بل يذبح إلى غيرها ، وهذا لا يكون إلّا ممّن في قلبه مرض كالكفّار والمنافقين ، أي من ليس بمسلم لبّاً وواقعاً ، كالكفّار الذين يتعمّدون الإهلال بذبائحهم لغير الله من الأصنام ونحوها ، وإلّا فهو لا يصدر عن المسلم الواقعي .

فخروج ذبائحالمسلمين ـ من أبناءالمذاهب الأُخرى ـ عن عنوان العمد في الروايات ليس بملاك أنّ جهلهم بشرطيّة الاستقبال يجعلهم غير عامدين للذبح إلى غير القبلة ، ليقال بأنّ الجهل بالحكم لا يرفع عنوان العمد إلى الموضوع ، بل لعدم قصدهم مجانبة القبلة ، أي عدم عمدهم لحيثيّة القيد ، فإنّ هذا لا يكون عادة إلّا فيمن لا يعتقد بأصل القبلة ، لا المسلم فإنّه إذا ذبح لغير القبلة فلغرض له في ذات المقيّد لا حيثيّة القيد ، فلا يصدق عليه العمد بالمعنى المذكور .

وهذا يعني أنّ هذه الروايات ليست بحسب الحقيقة دالّة على شرطيّة الاستقبال ، بل على أن لا يكون الذابح متعمّداً مجانبة القبلة في ذبحه ، والذي قد يكشف عن

عدم صحّة اعتقاده وعدم إسلامه . وبهذا لا يكون مفاد هذه الروايات شرطاً زائـداً على اشتراط إسلام الذابح وحسن اعتقاده .

وقد يؤيّده ما نجده في ذيل صحيح محمّد بن مسلم الأخير ، حيث عطف على النهي عن أكل ذلك بقوله عليه‌السلام : « ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم الله عليها » فإنّ بيان هذه الكبرى الكلية عقيب ذلك مع أنّه لم يرد سؤال عنه لعلّه لبيان نكتة ذلك النهي ، وأنّ مَن يتعمّد أن لا يوجّه الذبيحة إلى القبلة بالمعنى المتقدّم حيث يشكّ في اعتقاده وإسلامه يشكّ في تسميته وإهلاله بالذبيحة لله أيضاً .

وممّا يمكن أن يستدلّ أو يستأنس به على الأقلّ لما ذكـرناه عـدم ورود هـذا الشرط في شيء من عمومات الكتاب والسُنّة ، حتى المـتعرّضة لتـفاصيل الذبـح وآدابه ، كقوله عليه‌السلام : « ولا ينخع ولا يكسر الرقبة حـتى تـبرد الذبـيحة » [1] فـلو كان الاستقبال شرطاً أيضاً فلماذا لم يذكر ؟! وهـذه وإن كـانت عـمومات قـابلة للتقييد في نفسها ، إلّا أنّ خلوّ مجموعها عن ذكر هذا الشرط ـ خصوصاً ما يتعرّض فيها لذكر الشروط والآداب المستحبّة أو غير الموجبة لحرمة الذبيحة ـ قد يشكّل دلالة قوية على نفي الشرطية بحيث تجعلها كالمعارض مع الروايات الدالّة عـلى الشرطية .

وإن شئت قلت : إنّ التقييد في مثل المقام قد يكون أكثر مؤونة من حمل الروايات الآمرة بالاستقبال على الاستحباب ، وأنّه سُـنّة وأدب إسـلامي فـي مـقام الذبـح والإهلال بالذبيحة لله عزّوجل ـ كما صرّحت بذلك رواية الدعائم « عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما‌السلام : أنّهما قالا فيمن ذبح لغير القبلة إن كان أخطأ أو نسي أو جهل فلا شيء عليه وتؤكل ذبيحته ، وإن تعمّد ذلك فقد أساء ولا يجب [ولا نحب] أن تؤكل

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ ، ٣٢٦ ، الباب ١٥ من أبواب الذبائح، ح٣ .

ذبيحته تلك إذا تعمّد خلاف السُنّة » [١] وظاهرها عدم الوجوب كما لا يخفى ، كما أنّها أضافت التعمّد إلى مخالفة السُنّة ، وهو الحكم الشرعي ، لا مجرّد الفعل الخارجي .

هذا كلّه مضافاً إلى استبعاد مثل هذه الشرطية اللزومية في نفسها بأن يكون الاستقبال شرطاً في التذكية ولكن ترتفع شرطيّته بالجهل ولو بالحكم ولو عن تقصير ، بحيث تكون شرطيّته خاصّة بالشيعي العالم بالحكم ، فإنّ هذا يناسب الأحكام التكليفية لا الوضعية كالطهارة والتذكية ونحو ذلك .

وهذه المناسبة قد تشكّل قرينة لبّية أيضاً لصرف مفاد الروايات إلى التكليف النفسي في مقام الذبح أو إلى ما ذكرناه من الكاشفية عن حسن إسلام الذابح وإهلاله بالذبيحة لله حقيقة وجدّاً .

ثمّ إنّ عبارة الشيخ ﵀ في الخلاف [٢] في مسألة الاستقبال قد تدلّ على عدم إجماع في المسألة ، وإلّا كان يصرّح به ويستدلّ به ، فقد ذكر في المسألة (١١) من كتاب الأضحية « لا يجوز أكل ذبيحة تذبح لغير القبلة مع العمد والإمكان ، وقال جميع الفقهاء : إنّ ذلك مستحب ، وروي عن ابن عمر أنّه قال : أكره ذبيحة تذبح لغير القبلة . دليلنا : أنّ ما اعتبرناه مجمع على جواز التذكية به ، وليس على ما قالوه دليل ، وأيضاً روى جابر قال : ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أقرنين فلمّا وجّههما قرأ وجّهت وجهي ، الآيتين » .

وممّا قد يدلّ على ذلك أيضاً أنّه لم يذكره في كتاب الصيد والذباحة وشرائطهما ، بل ذكره في كتاب الضحايا ومستحبّاتها .

---

(١) مستدرك الوسائل ١٦ : ١٣٨ الباب١٢ من أبواب الذبائح ح٢ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٥٧ .

كما أنّ عبائر السيّد المرتضى ﷺ في الانتصار [١] قد توحي بعدم وجود إجماع واضح في المسألة ، حيث إنّه استدل على ذلك بالأصل العملي ، فراجع كلماته .

وأمّا كلام المفيد ﷺ في المقنعة [٢] فقد ذكر فيه الاستقبال في سياق غيره من الشروط المستحبّة أو الواجبة نفسياً أي غير الموجبة لحرمة الذبيحة ، كعدم قطع رأس الذبيحة وعدم سلخها حتى تبرد ، فراجع وتأمّل .

هذا كلّه في أصل شرطية الاستقبال كبروياً .

ثانياً (البحث الصغروي) :

ثمّ لو فرغنا عن الشرطية ، فهل الشرط استقبال الذابح أو الذبيحة أو كلاهما ؟ وجوه والمشهور الثاني منهما . وقد استدلّوا عليه بأنّ ظاهر الدليل ذلك ، حيث ورد « استقبل بذبيحتك القبلة » ، والباء للتعدية، نظير قوله تعالى : ﴿ **ذهب الله بنورهم** ﴾ [٣] أي أذهب الله نورهم ، فيكون ظاهره جعل الذبيحة مستقبلة للقبلة . نعم ، ورد في مرسل الدعائم عن أبي جعفر عليه السلام « إذا أردت أن تذبح ذبيحة فلا تعذّب الذبيحة أحدّ الشفرة واستقبل القبلة » [٤] ، ولكنّه مع إرساله لا ظهور فيه على الخلاف ؛ لاحتمال إرادة الاستقبال بالبهيمة [٥] .

ولكن الظاهر أنّ الباء في مثل هذه الموارد وإن أفادت التعدية ، إلّا أنّ ذلك ليس بمعنى سلخ الفاعل عن إسناد الفعل إليه ، بل هو مع بقاء الفعل مسنداً إلى فاعله ، فقولنا : « ذهبت بزيد » معناه أنّني ذهبت وأذهبت معي زيداً ، وكذلك معنى

---

(١) الانتصار : ١٩٠ .

(٢) المقنعة : ٥٨٠ .

(٣) البقرة : ١٧ .

(٤) مستدرك الوسائل ١٦ : ١٣٧ الباب١٢ من أبواب الذبائح ح١ .

(٥) راجع جواهر الكلام ٣٦ : ١١٢ .

« استقبل بذبيحتك القبلة » أن تستقبل أنت القبلة وتجعل ذبيحتك كذلك معك ، فيكون ظاهر هذا اللسان اشتراط استقبال الذابح أيضاً حين الذبح وعدم كفاية استقبال الذبيحة وحدها .

إلّا أنّ هذا الظهور يمكن رفع اليد عنه بما ورد في سائر الروايات من التعبير بقوله « لم يوجهها » [١] أو التعبير بقوله : « تذبح لغير القبلة » [٢] ممّا ظاهره أنّ ما هو شرط أن تكون الذبيحة إلى جهة القبلة ، وظاهر هذا العنوان كفاية أن يكون مذبحها حين الذبح مواجهاً للقبلة ، فإنّه ذبح لجهة القبلة ، فلا يشترط أن تكون جميع مقاديمها إلى القبلة ، فضلاً عن أن تكون مضطجعة على يمينها أو شمالها ، فإنّ كل هذا منفي بالإطلاق .

لا يقال : ظاهر الأمر بالاستقبال بالذبيحة إلى القبلة وكذلك توجيه الذبيحة إليها حين الذبح أن تكون مقاديم الذبيحة إليها .

فإنّه يقال : بل ظاهره توجيه الذبيحة والاستقبال بها بما هي ذبيحة ، أي بلحاظ حيثية ذبحها ، وإلّا فوجه الذبيحة لا يمكن أن يكون إلى القبلة حال الذبح فتكون المواجهة والاستقبال بلحاظ محلّ الذبح ، وهو مذبحها ، لا الأُمور الأُخرى .

ثمّ لو فرض لزوم توجيه مقاديمها إلى القبلة حين الذبح ، فلا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط أن يكون ذلك في حال الاضطجاع .

بل لو كان يذبح بشكل عمودي إلى القبلة ، كما في ذبح الدجاجة بالماكنة حيث تعلّق من رجليها أيضاً كان الاستقبال محفوظاً ، فلا ينبغي الإشكال من هذه الناحية .

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٢٤ الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ٣٢٥ ، ح ٣ ، ٤ ، ٥ .

وبالإمكان في الذبح بالماكنة التخلّص عن مشكلة الاستقبال بجعل من لا يرى وجوب الاستقبال عليها من سائر المذاهب الإسلامية ، فتكون الذبيحة محلّلة ؛ لما تقدّم من عدم الشكّ في حلّية ذبيحتهم لنا ، وقد استفدناه من صحيح ابن مسلم ، واستفاده المشهور أيضاً من روايات عدم التعمّد ، فمن ناحية الاستقبال لا مشكلة في الذبح بالمكائن .

الأمر الرابع : (كون آلة الذبح حديداً) :

وقد يستشكل في الذبح بالماكنة وغيرها من ناحية آلة الذبح ، حيث ادّعي اشتراط أن يكون الذبح بالحديد ، ففي النهاية « ولا يجوز الذباحة إلّا بالحديد فإن لم توجد حديدة وخيف فوت الذبيحة أو اضطرّ إلى ذباحتها جاز له أن يذبح بما يفري الأوداج من ليطة أو قصبة أو زجاجة أو حجارة حادّة الأطراف » [1] .

وذكر الشيخ ﵀ في الخلاف (كتاب الصيد والذباحة) : « لا تحلّ التذكية بالسنّ ولا بالظفر ، سواء كان متّصلاً أو منفصلاً بلا خلاف ، وإن خالف وذبح به لم يحلّ أكله ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن كان الظفر والسن متّصلين كما قلناه ، وإن كانا منفصلين حلّ أكله . دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم وطريقة الاحتياط ، وروى رافع بن خديج أنّ النبي ﷺ قال : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا إلّا ما كان من سن أو ظفر ، وسأحدّثكم عن ذلك : أمّا السنّ فعظم من الإنسان وأمّا الظفر فمدى الحبشية » . ولم يفصّل بين أن يكون متصّلاً أو منفصلاً » [2] .

---

(١) النهاية : ٥٣٨ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٤٩ .

وذكر في المبسوط « كل محدّد يتأتّى الذبح به ينظر فيه ، فإن كان من حديد أو صفر أو خشب أو ليطة ـ وهو القصب ـ أو مروة وهي الحجارة الحادّة حلّت الذكاة بكل هذا ، إلّا ما كان من سنّ أو ظفر ، فإنّه لا يحلّ الذكاة بواحد منهما ، فإن خالف وفعل به لم يحلّ أكلهما ، سواء كان متّصلاً أو منفصلاً . وقال بعضهم في السن والظفر المنفصلين إن خالف وفعل حلّ أكله وإن كان متّصلاً لم يحلّ ، والأوّل مذهبنا ، غير أنّه لا يجوز عندنا أن يعدل عن الحديد إلى غيره مع القدرة عليه » [١] .

وقال القاضي في مهذّبه : « والذباحة لا يجوز إلّا بالحديد فمن خاف من موت الذبيحة ولم يقدر على الحديد جاز أن يذبح بشيء له حدّة مثل الزجاجة والحجر الحادّ أو القصب ، والحديد أفضل وأولى من جميع ذلك » [٢] .

وفي الغنية : « مع التمكّن من ذلك بالحديد أو ما يقوم مقامه في القطع عند فقده من زجاج أو حجر أو قصب » [٣] .

وفي الوسيلة : « والذبح يجب أن يكون حالة الاختيار بالحديدة ويجوز حالة الضرورة بما يفري الأوداج من الليطة والمروة والخشبة » [٤] .

وفي الشرائع : « وأمّا الآلة فلا يصحّ التذكية إلّا بالحديد ، ولو لم يوجد وخيف فوت الذبيحة جاز بما يفري أعضاء الذبح ولو كان ليطة أو خشبة أو مروة حادة أو زجاجة » [٥] .

---

(١) المبسوط ٦ : ٢٦٣ .

(٢) الينابيع الفقهية ٢١ : ٩٨ (المهذّب) كتاب الصيد والذباحة .

(٣) المصدر السابق : ١٤٥ (الغنية) .

(٤) المصدر السابق : ١٥٤ (الوسيلة) .

(٥) المصدر السابق : ٢٣٤ (الشرائع) .

وفي المختصر النافع : « ولا تصحّ إلّا بالحديد مع القدرة ، ويجوز بغيره ممّا يفري الأوداج عند الضرورة ولو مروة أو ليطة أو زجاجة ، وفي الظفر والسنّ مع الضرورة تردّد » (١) .

وفي الجامع للشرائع : « ويحلّ الذكاة بكل محدّد من حديد أو صفر أو خشب أو مرو أو زجاج مع تعذّر الحديد ، ويكره بالسنّ والظفر . . . » (٢) .

وفي القواعد : « ولا يصحّ التذكية إلّا بالحديد ، فإن تعذّر وخيف فوت الذبيحة جاز بكل ما يفري الأعضاء كالزجاجة والليطة والخشبة والمروة الحادة » (٣) .

وفي اللمعة : « أن يكون بالحديد ، فإن خيف فوت الذبيحة وتعذّر الحديد جاز بما يفري الأعضاء من ليطة أو مروة حادة أو زجاجة ، وفي السن والظفر للضرورة قول بالجواز » (٤) .

وفي الجواهر : « وأمّا الآلة فلا تصحّ التذكية ذبحاً أو نحراً إلّا بالحديد مع القدرة عليه ، وإن كان من المعادن المنطبعة كالنحاس والصفر والرصاص والذهب وغيرها ، بلا خلاف فيه بيننا كما في الرياض ، بل في المسالك (عندنا) مشعراً بدعوى الإجماع عليه كما عن غيره ، بل في كشف اللثام اتّفاقاً كما يظهر » (٥) .

وقد جرى على الفتوى ذاتها الأعلام المتأخرون في رسائلهم العملية .

واستدلّوا عليه بأنّه مقتضى الأصل وبالإجماع وبالروايات الخاصّة ، كصحيح محمّد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن الذبيحة بالليطة والمروة فقال : لا ذكاة إلّا

---

(١) الينابيع الفقهية ٢١ : ٢٤٥ (المختصر النافع) .

(٢) المصدر السابق : ٢٥٨ (الجامع للشرائع) .

(٣) المصدر السابق : ٢٧٤ (القواعد) .

(٤) المصدر السابق : ٢٩٠ (اللمعة) .

(٥) جواهر الكلام ٣٦ : ٩٩ ـ ١٠٠ .

بحديدة » [١] .

وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن ذبيحة العود والحجر والقصبة فقال : قال علي عليه السلام : لا يصلح إلّا بالحديدة » [٢] .

ومعتبرة الحضرمي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال : « لا يؤكل ما لم يذبح بحديدة » [٣] .

ومعتبرة سماعة قال : « سألته عن الذكاة فقال : لا تذكِّ إلّا بحديدة ، نهى عن ذلك أمير المؤمنين عليه السلام » [٤] .

ويخرج عن إطلاق هذه الروايات خصوص صورة الضرورة ؛ لما دلّ على حصول التذكية بغير الحديد فيها ، وهي روايات عديدة ومعتبرة .

أمّا الأصل : فإن أُريد به أصالة عدم التذكية فهو صحيح في نفسه ، ولكنّه محكوم للمطلقات في بعض الروايات المتقدّمة وروايات قادمة سنشير إليها .

وأمّا الإجماع : فالمنقول منه ليس بحجّة ، والمحصّل منه غير حاصل ، فإنّه لا يظهر من كلمات القدماء وجود إجماع في المسألة ، بل لا نجد ذكر هذه الخصوصية حتى في مثل كتاب الانتصار بعنوان ما انفرد به الإمامية ، وأمّا الفتاوى التي ذكرناها ونقلناها عن الكتب فهي متطابقة مع تعابير الروايات ممّا يوجب الاطمئنان بأنّ الإفتاء بها باعتبار ورودها في الروايات لا على أساس إجماع تعبّدي في المسألة ، ومن هنا يحتمل في أكثرها خصوصاً كلمات القدماء منها ما سيأتي في معنى الروايات .

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٧ ، الباب١ من أبواب الذبائح ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ح٢ .

(٣) المصدر السابق : ح٣ .

(٤) المصدر السابق : ٣٠٨ ، الباب١ من أبواب الذبائح ، ح٤ .

وأمّا الروايات الخاصّة التي استدلّ بها على شرطية الحديد ، فلا دلالة لها على ذلك ، وذلك :

امّا أوّلاً : فلأنّ الوارد في لسانها عنوان الحديدة ، والحديدة هي القطعة من الفلز الصعب الذي غالباً يكون من جنس الحديد ، والذي يحدّد ويعدّ للقطع والذبح ، فيكون المراد من الحديدة السكّين والمدية والسيف والشفرة ونحوها ، ويكون الملحوظ فيها كونها قطعة حادّة معدّة لذلك ، لا جنسها وكونها من فلز الحديد في قبال سائر الفلزات المنطبعة كالنحاس والصفر ، فيكون قوله عليه‌السلام : « لا ذكاة إلّا بحديدة » بمعنى لا ذكاة إلّا بالسكّين والسيف ونحوهما في قبال الذبح بالليطة والحجر والعود والقصبة ممّا ليس معدّاً لذلك .

وليس المراد اشتراط كون آلة الذبح من جنس الحديد لا من جنس آخر ، فلو كان الحديد على شكل عصا أو هراوة أيضاً لا يصلح الذكاة به لأنّها ليست بحديدة بالمعنى المتقدّم .

وممّا يشهد على إرادة هذا المعنى ما نجده في هذه الروايات وغيرها من جعل المقابلة بين الحديدة وبين العود والحجر والقصبة والليطة ، مع أنّه لو كان النظر إلى خصوصية الجنس كان اللازم أن يجعل المقابلة بين الحديد وبين النحاس والصفر والذهب ونحوها من الأجناس الأُخرى ، في حين أنّه لم يرد ذلك في شيء من الروايات ولا أسئلة الرواة .

وأيضاً قد ورد في روايات أُخرى التعبير بدلاً عن الحديدة بالسكّين ، ففي صحيح عبدالرحمان بن الحجّاج قال : « سألت أبا إبراهيم عليه‌السلام عن المروة والقصبة والعود يذبح بهنّ الإنسان إذا لم يجد سكّيناً ، فقال : . . . » الخ [١] .

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح١ .

ومعتبرة زيد الشحام ، قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل لم يكن بحضرته سكّين أيذبح بقصبة ؟ فقال : اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصبة والعود إذا لم تصب الحديدة » [١] .

مع وضوح أنّ السؤال واحد في جميع هذه الروايات ، فالمراد بالحديدة السكّين ونحوه ممّا هو معدّ للقطع والذبح والقتل في قبال ما لم يعدّ لذلك كالحجر والعصا والقصبة ممّا قد يمكن الذبح بها مع العناية والمشقّة للمذبوح .

لا يقال : لا مانع من أخذ كلتا الخصوصيتين شرطاً في آلة الذبح ، أي كونها من جنس الحديد وأن تكون محدّدة معدّة للقطع والذبح كالسكّين ونحوه ، فيراد بالحديدة ما يكون سكّيناً من جنس الحديد .

فإنّه يقال : بين المعنيين تباين في المفهوم ، فلا يصحّ أخذهما معاً في مادة الحديد ؛ إذ الحديد بمعنى الفلزّ المعروف غير الحديد بمعنى الحادّ القاطع ، كما أنّ بينهما عموم من وجه في الصدق ، فالحديدة امّا أن يراد بها القطعة الحادّة المعدّة للقطع والذبح كالسكّين والمدية وإن كان من غير جنس الحديد ، وامّا أن يراد بها القطعة من الفلزّ المخصوص وإن لم تكن حادّة وقاطعة للحم .

أمّا الجمع بينهما فهو أشبه باستعمال المادة المشتقّ منها الكلمة في كلا المعنيين ، وحيث إنّ الحيثيّة الثانية أعني المحددية والقاطعية ملحوظة هنا جزماً ـ بل هو المعنى الأصلي للمادة ـ فيتعيّن إرادة المعنى الثاني ، بل قد عرفت تعيّن إرادة ذلك أيضاً بالقرائن الداخلية والخارجية في لسان الروايات ، فيتمسّك بإطلاقه من حيث كونه من جنس الحديد أم لا ، فيكون مفاد الروايات اشتراط كون الذبح بالآلة المحدّدة المعدّة للذبح والقطع بحدّها ، فيكون الذبح بها بسهولة ويسر وإراحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، ح ٣ .

للمذبوح وإن لم يكن من جنس الفلز المخصوص ، في قبال ما لا يكون كذلك وإن كان من جنس ذاك الفلز كالحجر والقصب والعصا .

وممّا يشهد على ما ذكرناه مراجعة روايات الجمهور المنقولة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم وفتاواهم [١] ، فإنّه لم يرد فيها التعبير بالحديد ، بل الذبح بالمدية والسكّين في قبال الذبح بالعصا والقصب والليطة ممّا يكون ظهوره فيما ذكرناه أوضح ، كما أنّ عنوان الحديد الوارد في كلمات فقهائهم أرادوا به ما يكون محدّداً يقطع ويخرق لا الفلز المخصوص ، حيث ذكروا أنّه يشترط في آلة الذبح شرطان : أن تكون محدّدة تقطع أو تخرق بحدّها لا بثقلها ، وأن لا تكون سنّاً ولا ظفراً .

ولا شك أنّ رواياتنا الصادرة عن الائمّة المعصومين عليهم السلام ، وكذلك كلمات فقهائنا القدامى لا بدّ وأن نفهمها في ضوء الجوّ الفقهي السائد عند الجمهور والوارد في رواياتهم لا مفصولة عن ذلك ، وهذه نكتة مهمّة لا بدّ من مراعاتها في فهم الأخبار وكلمات الفقهاء .

وممّا يمكن أن يؤيّد هذا الفهم أيضاً ، ما ورد في رواياتنا ورواياتهم من التأكيد على لزوم تحديد الشفرة ـ وهي السكّين الحادّ ـ وإراحة الذبيحة وعدم تعذيبها فى مقام الذبح وعدم نخعها أو سلخها ونحو ذلك ممّا يؤيّد أنّ المقصود من الأمر بالذكاة بالحديدة المعنى الثاني لها لا الأوّل .

ثمّ إنّ رواية أبي بكر الحضرمي واردة في الكافي والتهذيب بلفظ « ما لم يذبح بحديدة » [٢] ولكن الشيخ قدّس سرّه نقلها في الاستبصار بلفظ « ما لم يذبح بالحديد » [٣] ، إلّا أنّ المراد به نفس المعنى ، على أنّ المطمأن به صحّة

---

(١) راجع سنن البيهقي ٩ : ٢٨ ، ٢٤٥ . المغني لابن قدامة ١ : ٤٣ .

(٢) الكافي ٦ : ٢٢٧ . التهذيب ٩ : ٥١ .

(٣) الاستبصار ٤ : ٧٩ ، باب ٥١ ، ح ١ .

نسخة الكافي والتهذيب . وكذلك رواية الشحّام واردة في الكـافي بـتعبير « إذا لم تصب الحديدة »[١] ، وفي التهذيب والاستبصار بتعبير : « إذا لم تصب الحديد »[٢] وهو أيضاً بنفس المعنى ، خصوصاً مع وقوع السـؤال فـيها عـمّن ليس بـحضرته سكّين ، بل قد عرفت أنّ المعنى الأصلي للحديد القطعة الحادّة القاطعة ، لا المعدن المخصوص ، ولعلّه إنّما سمّي بذلك لكونه حادّاً وصلباً .

إيضــاح :

إنّ الحديدة مؤنّث الحديد ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، أي الحادّ ، وقد سمّي المعدن المخصوص حديداً لصلابته ومنعته ، كما ذكر ذلك أرباب اللغة ، فإنّ الحدّ في الأصل له معنيان :

١ ـ المنع وطرف الشيء ، وهذا يعني أنّ الحديد أصبح له معنيان معنى لغـوي اشتقاقي هو الحادّ ومؤنّثه حديدة ، أي القطعة الحادّة القاطعة بحدّتها ، وقـد شـاع استعمالها في السلاح ، أي آلة الذبح والقتل والقطع ، وهي ما يعدّ ويصنع من المعادن الصلبة على شكل سكّين أو سيف أو مدية أو شفرة لذلك .

٢ ـ والمعنى الآخر المعدن الخاصّ المعروف ، وهو معنى جامد ، كما أنّه معنى ثانوي لا أصلي كما أشرنا ، ومؤنّثه حديدة أيضاً ، بمعنى قطعة من ذلك المـعدن ، وهذا المعنى مباين مع الأوّل ، من حيث الجمود والاشتقاق ، ومن حيث عدم أخذ خصوصية المحدّدية في المعنى الثاني ، بخلاف الأوّل فالحديدة بالمعنى الأوّل أعني مؤنّث الحديد بمعنى الحادّ قد لوحظ فيه خصوصية المحدّدية وجـعل الشـيء أو المعدن محدّداً بحيث يستعمل للقطع والقتل والفري بحدّته وهـو السـلاح ، بـينما

---

(١) الكافي ٦ : ٢٢٨ ، ح٣ .

(٢) التهذيب ٩ : ٥١ . الاستبصار ٤ : ٨٠ ، باب٥١ ، ح٥ .

الحديدة بالمعنى الثاني قطعة من المعدن بأي شكل وكيفية كانت ، وإرادة كلا المعنيين من الحديدة الواردة في روايات « لا ذكاة إلّا بحديدة » غير صحيح جزماً ؛ لأنّه مستلزم لاستعمال اللفظ في المعنيين الجامد والمشتق ، فيدور الأمر بين أن يكون المراد المعنى الأوّل الذي هو المعنى الأصلي الاشتقاقي للكلمة أو المعنى الثاني في الجامد .

وعلى الأوّل يدلّ قوله عليه‌السلام : « لا ذكاة إلّا بحديدة » على أنّ آلة الذبح لا بدّ وأن تكون سلاحاً أي آلة محدّدة معدّة للذبح بحدّها ، ولا يكفي مطلق ما يمكن أن يقطع الحلقوم أو تفرى به الأوداج .

وعلى الثاني يدلّ على أنّ آلة الذبح لا بدّ وأن تكون قطعة من الحديد أي من المعدن الخاصّ ، فلا يصحّ الذبح بغير ذلك من الأجناس ، ولا يمكن الجمع بين المعنيين كما هو ظاهر كلمات الأصحاب ، إلّا إذا قلنا : بأنّ الحديدة صارت خاصّة بالآلة المحدّدة المعدّة للقطع والفري من جنس الحديد بالخصوص .

وهذه الدعوى ـ مضافاً إلى أنّه لا شاهد عليها ـ خلاف كلمات جملة من اللغويين ، حيث ذكروا للحديدة معنيين ، أحدهما القطعة من معدن الحديد ، والآخر مؤنّث حديد بمعنى الحادّ ، بل من يراجع الاستعمالات يجد أنّه كان يطلق كثيراً على سيف الرجل ومديته ونحوهما أنّه حديدته بلحاظ كونه سلاحاً ومحدّداً معدّاً للقتل والقطع ، من دون فرق بين كونه من جنس معدن الحديد بالخصوص أو من جنس آخر أو مجموع جنسين .

فلا بدّ من إرادة أحد المعنيين في استعمال كلمة الحديدة لا كليهما ولا مجمعهما ؛ إذ الأوّل من الاستعمال في معنيين والثاني ليس معنى اللفظ . وعندئذٍ يقال : يتعيّن إرادة المعنى الأوّل لا الثاني ؛ لأنّه مضافاً إلى أنّه المعنى الأصلي للكلمة ، صراحة نظر الروايات إلى حيثيّة المحدّدية ، بقرينة المقابلة ـ في الأسئلة والأجوبة معاً ـ بين

الحديدة وبين العصا والعود والحجر ممّا ليس بحسب طبعه محدّداً ولا معدّاً للقطع والفري وإن كان يمكن القطع بها أيضاً مع العناية والمشقة ، وبقرينة ذكر ذلك مقابل السكّين والمدية ـ كما في روايات الجمهور ـ وبالقرائن الأُخرى التي ذكرناها ، بل قد عرفت أنّ الأصحاب أيضاً فهموا دلالة هذه الروايات ، بل نظروا إلى حيثيّة المحدّدية ولم يستشكلوا في ذلك ، وإنّما حاولوا استفادة مجمع الحيثيتين ، والذي عرفت أنّه إمّا ممتنع أو خلاف الظاهر .

لا يقال : يمكن استفادة اشتراط المحدّدية من فرض الذبح في الروايات ، والذي لا يكون عادة إلّا بالشيء المحدّد الذي يفري الأوداج ، وإلّا لم يكن يذبح به بل يقطع ، وأمّا اشتراط معدن الحديد وجنسه فيستفاد من قوله ﷺ : « لا ذكاة إلّا بحديدة » بإرادة المعنى الجامد منها ، فلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين وتكون النتيجة ما ذهب إليه المشهور من الجمع بين الحيثيتين .

فإنّه يقال : ليس مفهوم الذبح إلّا قطع الحلقوم والأوداج ، كما تشهد به معتبرة الشحّام ، فلا يمكن أن يستفاد من مجرّد ذكر الذبح اشتراط المحدّدية ، على أنّ الوارد في الروايات لا ذكاة إلّا بحديدة ، ولم يرد لا ذبح إلّا بحديدة لكي يتوهّم استفادة المحدّدية من الذبح ، على أنّه من المقطوع به الواضح جدّاً أنّ الحديدة في الروايات قد لوحظ فيها جنبة المحدّدية جزماً ولو بقرينة المقابلة مع العصا والقصبة والعود التي لا تكون كذلك عادة ، بل لو كان المراد المعنى الجامد لجيء بالمذكّر أي قيل : إلّا بحديد ، لا الحديدة ؛ إذ لا دخالة لكون الحديد قطعة عندئذٍ في التذكية جزماً ، بخلاف الحديدة بالمعنى المشتق فإنّها تشبه اسم الآلة ، فحمل عنوان الحديدة في الروايات على إرادة القطعة من الحديد ـ أعني المعدن المخصوص ـ غير ممكن .

لا يقال : إذا كان المقصود اشتراط المحدّدية في آلة الذبح وإرادة ذلك من عنوان

الحديدة ، فلماذا وقع النهي عن الذبح بالعصا والعود والحجر مطلقاً ، بل كان اللازم أن يقال : اذبح بها إذا كانت محدّدة .

فإنّه يقال : ليست الحديدة بمعنى كلّ محدّد ، بل خصوص السلاح المحدّد ، أي ما يصنع من الفلزات الصعبة عادة على شكل سيف أو خنجر أو سكّين ليستعمل في القطع والقتل والفري بحدّته ، فإذا كانت الروايات تدلّ على الخصوصية ، فالخصوصية في الحديدة بهذا المعنى ، والتي تكون مقابل العصا والعود والقصبة وإن كانت محدّدة .

فلا ينبغي الإشكال في أنّ روايات الحديدة تدلّ على اشتراط الحديد بهذا المعنى لا بالمعنى الجامد ، فيمكن التمسّك بإطلاقها لما إذا كانت الحديدة مصنوعة من معدن آخر غير الحديد أو من مجموع معدنين أو أكثر ، ويكفي الشكّ واحتمال إرادة هذا المعنى للإجمال والرجوع إلى المطلقات .

وأمّا ثانياً : أنّ مقتضى الصناعة حمل الروايات الناهية على صورة عدم خروج الدم أو عدم فري الأوداج الذي لا إشكال في عدم التذكية فيه . وتوضيح ذلك : أنّ الروايات على طوائف أربع :

ـ الطائفة الأُولى : ما دلّ على النهي عن الذبح بغير الحديدة مطلقاً ، أي من غير تقييد بصورة الاختيار والاضطرار إلى الذبح ، وهي الروايات التي ذكرناها .

ـ الطائفة الثانية : ما دلّ على الجواز مطلقاً ، وهي معتبرة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنّه كان يقول : « لا بأس بذبيحة المروة والعود وأشباههما ما خلا السن والعظم » [1] .

ـ الطائفة الثالثة : ما دلّ على التفصيل بين صورة عدم وجدان الحديدة فيجوز

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٩ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح٥ .

الذبح بغيرها وصورة وجدانها فلا ، من قبيل صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس أن تأكل ما ذبح بحجر إذا لم تجد حديدة » [١] ، ومعتبرة زيد الشحّام قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لم يكن بحضرته سكّين أيذبح بقصبة ؟ فقال : اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصبة والعود إذا لم تصب الحديدة . . . » إلخ [٢] ، وصحيح ابن الحجّاج قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المروة والقصبة والعود يذبح بهنّ الإنسان إذا لم يجد سكّيناً فقال : إذا فرى الأوداج فلا بأس » [٣] .

ـ الطائفة الرابعة : ما دلّ على تقييد الجواز في صورة عدم وجدان السكّين بما إذا كان مضطراً إلى الذبح ، وهي رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الذبيحة بغير حديدة قال : « إذا اضطررت إليها فإن لم تجد حديدة فاذبحها بحجر »[٤] .

والطائفتان الأُولى والثانية وإن كانتا متعارضتين في نفسيهما ، إلّا أنّ الطائفتين الثالثة والرابعة تكونان شاهدي جمع وتفصيل بينهما ، والمشهور قد فصّلوا بين صورة خوف موت الذبيحة وصورة عدمه فأجازوا الذبح بغير الحديدة في الأُولى دون الثانية . إلّا أنّه من الواضح عدم ورود عنوان خوف موت الذبيحة في شيء من هذه الروايات ، ومن هنا أفتى جملة من المحقّقين بالتفصيل بين صورة القدرة على الذبح بالحديدة فلا يجوز بغيرها وصورة عدم القدرة فيجوز . والظاهر استفادة هذا القيد من الطائفة الرابعة ، فإنّها لكونها أخصّ من الثالثة تقيد جواز الذبح في صورة عدم وجود السكين بالاضطرار إلى الذبيحة ، فمن يكون مضطراً إلى الذبح إن لم

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح٢ .

(٢) المصدر السابق : ٣٠٨ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح٣ .

(٣) المصدر السابق : ٣٠٨ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح١ .

(٤) المصدر السابق ١٦ : ٣٠٩ ، الباب٢ من أبواب الذبائح ، ح٤ .

يجد سكّيناً يذبح بغيره ، وهذا هو المقصود من عدم القدرة علـى السكّـين ، فـإنّه إنّما يصدق فيمن لا يجد سكيناً مع لزوم أصل الذبح واضطراره إليـه ، فـيقال : إنّ مقتضى الصناعة هذا التفصيل . ولعلّ من عبّر من القدماء بفوت الذبيحة كالشيخ في النهاية [١] والمحقّق في الشرائع [٢] والعلّامة في القـواعـد [٣] أراد ذكـر مـصداق الاضطرار ، ولهـذا عـطف الشـيخ عـلى ذلك فـي النـهاية قـوله : « أو اضـطر إلى ذباحتها » .

ولكن أصل هذا النحو من الجمع بين الروايات محلّ تأمّل ؛ إذ توجد في روايات الطائفة الثالثة ما يكون ظاهراً في بيان ملاك الحكم بالحلّية وضابطته ، حيث ورد في معتبرة الشحّام قوله عليه‌السلام : « اذبح بالحجر وبالعظم والقصبة والعود إذا لم تصب الحديدة إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس » .

ومن الواضح أنّ هذا الكلام مشتمل على شرطين مستقلّين (اذبح بالحجر . . . إذا لم تصب الحديدة) و(إذا قطع الحلقوم وخـرج الدم فـلا بـأس) ، فـلو لم تكـن الشرطية الثانية موجودة أو لم تكن شرطية مستقلّة ، كما إذا لم تكن كلمة فلا بأس موجودة وكانت هكذا (اذبح بالحجر . . إذا لم تـصب الحـديدة إذا قـطع الحـلقوم وخرج الدم) صحّ الاستظهار المذكور ؛ لأنّ ظاهرها عندئذٍ تقييد الحكم بـالجواز في صورة عدم إصابة الحديدة بما إذا قطع الحلقوم وخرج الدم ، وأمّا حيث وردت هذه الشرطية بشكل تامّ وبنحو جملة مستقلّة فظاهرها عندئذٍ بيان الضابطة الكلية وأنّ الذبح بالحجر والعود أو غيرهما لا خصوصية فيه ، وإنّما المـيزان أن يـتحقّق

---

(١) النهاية : ٥٨٣ .

(٢) الينابيع الفقهية ٢١ : ٢٣٤ (شرائع الإسلام) .

(٣) المصدر السابق : ٢٧٤ (القواعد) .

قطع الحلقوم وخروج الدم المتعارف ، الأمر الثابت لزومه في تحقّق الذبح شرعاً ، ولعلّه عرفاً أيضاً .

والمعنى نفسه مستظهر من صحيح ابن الحجّاج بدرجة أخفّ ، حيث إنّ جواب الإمام عليه‌السلام فيه ظاهر في إعطاء الضابطة والكبرى الكلية ، وهي أنّه إذا فريت الأوداج فلا بأس ، فيكون ظاهر هاتين الروايتين أنّ الأمر يدور مدار فري الأوداج وخروج الدم ، وفي موارد الذبح بغير الحديدة من القصب والحجر والعود يخشى عدم تحقّق ذلك ، ويكون التقييد بالاضطرار إلى الذبيحة في خبر محمّد بن مسلم في الطائفة الرابعة محمولاً على إرادة التحذير من الوقوع في محذور عدم فري الأوداج وعدم خروج الدم المتعارف ، كما هو في معرض ذلك إذا لم تكن آلة الذبح حادة كالسكّين ونحوه ، لا تقييد الحكم بالتذكية بذلك .

وقد وقع هذا التعبير ذاته وجاء هذا القيد نفسه في روايات ذبيحة الصبي والمرأة وأنّه لا بأس بها إذا اضطر إلى ذلك أو إذا لم يكن غيرهما أو خيف فوت الذبيحة [١] ، مع أنّ المشهور لم يفهموا منها التقييد هناك ، بل حملوا ذلك على الخشية من عدم قدرة الصبي أو المرأة على الذبح الصحيح وتسديده ، فكذلك في المقام ، فإنّ ما جاء في روايتي الشحام وابن الحجاج ـ مضافاً إلى مناسبة الحكم في نفسه ـ يوجب أن يفهم العرف من التقييد بالاضطرار أو عدم وجدان السكّين أو الحديدة هنا الخشية من عدم تحقّق الذبح الصحيح ، الذي يكون بخروج الدم المتعارف وفري الأوداج ، لا أنّ ذلك تقييد زائد للذبح الصحيح .

وهذا المعنى إن استظهرناه من هذه الروايات المفصّلة كانت دليلاً على هذا التفصيل ، أي حمل الطائفة الناهية عن الذبح بغير الحديدة على صورة عدم تحقّق

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٧ ، الباب٢٣ من أبواب الذبائح .

فري الأوداج أو خروج الدم أو احتمال ذلك ، فـإنّها مـطلقة مـن هـذه النـاحية ، كما تتقيّد الطائفة الثـانية المـجوّزة بـما إذا حـصل ذلك بـالذبح بـالقصبة والعـود ونحوها .

وإن لم نجزم بالاستظهار المذكور فلا أقلّ من احتماله احتمالاً عـرفياً لا يـبقى مـعه ظـهور فـي الروايـات المـفصّلة فـيما ذكـره المشـهور ، أي لا يـثبت كـون الاضطرار وعدم القدرة على الحديدة قيداً في الذبح الصـحيح ، فـلعلّه مـن بـاب إحراز ما هو القيد الثابت في الذبح ، وهو خروج الدم المتعارف وفـري الأوداج ، فلا يمكن أن نثبت بها حرمة الذبيحة بغير الحديدة إذا خرج الدم المتعارف وفريت الأوداج .

نعم ، في فرض عدم تحقّق ذلك تكون الذبيحة محرّمة ، وهو ثابت في نـفسه بأدلّة أُخرى أيضاً ، فتبقى الطائفتان الأُولى والثانية على حـالهما مـن التـعارض ، وعندئذٍ يتعيّن الجمع بينهما بتقييد الطائفة الثانية الدالّة على نـفي البـأس بـذبيحة المروة والعود وأشباههما بصورة خروج الدم وفري الأوداج بهما ؛ لأنّ هذا ثـابت بأدلّة أُخرى وبنفس صحيح ابن الحجّاج ومعتبرة الشحّام ، لأنّهما تدلّان على كـل حال على لزوم ذلك في حلّية الذبيحة وشرطيّته في الذبح الصحيح ، وإنّـما الشكّ والإجمال في دلالتـهما عـلى قـيد زائـد عـلى ذلك ، وهـو كـون ذلك بـالحديدة لا بغيرها ، وبعد هذا التقييد تصبح الطائفة الثانية أخصّ مطلقاً من الأُولى ، فتقيّدها بصورة عدم إحراز خروج الدم وفري الأوداج تطبيقاً لمبنى انقلاب النسبة . هذا لو لم نقل بأنّ الطائفة الثانية في نفسها لا إطلاق لها لصورة عدم تحقّق فري الأوداج وخروج الدم المتعارف ، وإلّا كانت أخصّ بلا حاجة إلى مبنى انقلاب النسبة ، كما هو واضح .

والمتلخّص من مجموع ما تقدّم في هذا الأمر الرابع : أنّ ما ذهب إليه المشهور

من اشتراط كون الذبح بجنس الحديد لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأمرين :

١ ـ أنّ المراد بالحديدة في الروايات ليس جنس الحديد في قبال غيره من الأجناس ، بل القطعة الحادّة المعدّة للذبح والقطع السريع كالسكّين والسيف والشفرة سواء كان مصنوعاً من الفلز المخصوص المسمّى بالحديد أم لا ، فإنّ هذا هو المعنى العرفي واللغوي للحديد ، بل لعلّه إنّما سمّي ذلك الفلز بالحديد لصلابته وحدّته ، فلو ثبت من الروايات تفصيل في الذبح بالآلة ، فلا بدّ أن يكون بين الذبح بالحديدة بهذا المعنى وغيره ، لا بين معدن الحديد وغيره .

٢ ـ أنّ أصل التفصيل بين فرض القدرة على الحديدة وغيره في آلة الذبح لا يمكن إثباته بهذه الروايات ؛ لأنّ المستفاد منها ليس بأكثر ممّا هو ثابت بروايات أُخرى من اشتراط أن تكون كيفيّة الذبح بفري الأوداج وخروج الدم المتعارف ، وانّ تقييد الذبح بغير الحديدة فيها بصورة الاضطرار إلى الذبيحة أو عدم وجدان السكّين للتحرّز عن الوقوع في خلاف ذلك ؛ لأنّ الذبح بمثل العصا والعود والقصبة وأشباهها في معرض ذلك ، نظير نفس التقييد الوارد في روايات ذبيحة الصبي والمرأة ، فراجع وتأمّل .

ويكفي لثبوت هذا التفصيل إجمال الروايات من هذه الناحية أيضاً ، بل مع سقوط رواية محمّد بن مسلم سنداً لا يبقى إلّا ما دلّ على التفصيل بين من يكون بحضرته سكّين ومن لا يكون ولو لم يكن مضطراً إلى أصل الذبح ، ومن الواضح أنّ مثل هذا التفصيل لا يكون بحسب مناسبات الحكم والموضوع دخيلاً في التذكية ، وإنّما هو لتسهيل الذبح وإجادته وإتقانه .



بحث في

قاعدة « لا تعاد »

بحث في قاعدة «لا تعـاد»

البحث في قاعدة « لا تعاد » نورده ضمن مقدمة وفصلين وخاتمة :

مُقَدِّمَة

أما المقدمة فنتعرّض فيها إلى اُمور ثلاثة :

الأمر الأول :

لا إشكال في اختصاص القاعدة بباب الصلاة حيث إنّها واردة لتصحيح الصلاة ونفي لزوم إعادتها إذا كان الخلل الواقع فيها من ناحية غير الخمسة ـ أي : الطهور ، والوقت ، والقبلة ، والركوع ، والسجود ـ كما أنّه لاشك في كونها قاعدة واقعية لا ظاهرية ؛ لأنّها تصحح الصلاة وتنفي لزوم إعادتها واقعاً مع العلم بوقوع الخلل فيها ، لا ظاهراً عند الشك في ذلك ؛ فإنّه موضوع لقاعدة التجاوز أو الفراغ الظاهرية .

نعم ، هي قاعدة إثباتية لاثبوتية بمعنى أنّها مجرّد تعبير جامع لموارد صحة الصلاة وعدم قدح الخلل الواقع فيها إذا كان في غير الأركان ، فتكون ثبوتاً نحو تقييد في دليل اعتبار ذلك الشرط أو الجزء ، لا قاعدة وجعلاً مستقلاً .

وإن شئت قلت : إنّ القواعد الفقهية قد تكون ذات نكتة ثبوتية مستقلة فتكون قاعدة ثبوتية خطاباً وملاكاً ، أو ملاكاً فقط بحيث يكون تقييد أدلّة الاحكام الاُخرى في موردها على أساس ذلك الملاك الوحداني والنكتة الواحدة الثبوتية سواء كانت قاعدة واقعية أو ظاهرية كقاعدة الجبّ والضمان باليد والاتلاف أو قاعدة التجاوز

والفراغ أو غير ذلك ، وقد لا يكون إلّا تعبيراً وحدانياً في مقام الاثبات بحيث لايعدو أن يكون مجرّد لسان يكشف عن تقييد خطاب آخر كالأمر بالصلاة من دون أن يكون وراء ذلك جعل مستقل أو نكتة مستقلة ثبوتية للتقييد كما في سائر القواعد ، حتى مثل قاعدة لاحرج ولا ضرر الكاشفة عن تقييد الاحكام الاولية فإنّ لها حيثية ونكتة ثبوتية مستقلة ولو ملاكاً وهي رافعية الحرج أو الضرر للاحكام الاولية واقتضاؤه لتقييد إطلاقاتها ورفع اقتضاءاتها ، وهذا بخلاف المقام ؛ فإنّ قاعدة « لاتعاد » ليست إلّا لساناً إثباتياً لبيان عدم إطلاق الجزئية أو الشرطية في حالات النسيان على حد سائر أدلّة التقييد ، غاية الأمر قد جمع ذلك بلسان : « لاتعاد الصلاة من غير الأركان » ، نعم ما ورد في تعليلها بالفرض والسنّة يمكن أن يكون نكتة مشتركة واحدة للتقييد .

وأياً ماكان فلا ينبغي الشك في أنّ قاعدة « لاتعاد » من القواعد الفقهية لا الأُصولية ؛ لأنّها بنفسها حكم فرعي عملي ، وقد بيّنا في موضعه ميزان الفرق بين القواعد الفقهية والأُصولية ، فلا نعيده في هذه الرسالة .

الأمر الثاني :

مجال إجراء هذه القاعدة موارد الخلل الواقع في الصلاة والتي بقطع النظر عنها يحكم فيها بالفساد وبوجوب الاعادة على القاعدة ، وهذا إنّما يكون في الأجزاء والشرائط الثابتة بدليل لفظي بحيث يمكن التمسك بإطلاقه لحالة الجهل والنسيان ، وأمّا إذا كان المدرك دليلاً لبيّاً قدره المتيقن صورة العمد مثلاً ، فالصحة حينئذٍ ثابتة على القاعدة ولو لم تتم قاعدة « لاتعاد » ، ومثله ما إذا كان الدليل على اعتبار ذلك القيد نكتة عقلية تكون مخصوصة بحال العلم والعمد من قبيل شرطية إباحة مكان المصلّي بناءً على القول بجواز اجتماع الأمر والنهي حيث إنّه يوجب دخول مورد الاجتماع في باب التزاحم لا التعارض ، فيكون العمل صحيحاً لولا عدم تأتّي قصد القربة من المكلّف بالفعل الحرام ، فإذا فرض الجهل بالحرمة وعدم تنجزها كان

العمل صحيحاً لا محالة لاستيفاء العمل تمام أجزائه وشرائطه ، فلا يحتاج في مثله الى القاعدة .

وهذا أحد الوجوه التي ذكرناها في محله لتخريج الفتوى المشهورة من التفصيل بين العلم بغصبية المكان وحرمته فتبطل الصلاة فيه ، وبين الجهل بها فتصح .

قد يقال : بأنّ موارد النسيان والسهو والتي هي القدر المتيقن من مفاد القـاعدة ـ على ما سوف يأتي الاشارة إليه ـ يكون الحكم بالصحة ثابتاً فيها أيضاً بلا حاجة إلى قاعدة « لاتعاد » ؛ وذلك بأحد تقريبين :

التقريب الأول : إنّ النسيان والسهو يوجب سقوط التكليف بالجزء أو الشـرط المنسي ؛ لأنّه فرع الالتفات إليه ، فيسقط اعتبار الجزء أو الشرط المنسي ويحكم بصحة ما أتى به من العمل الناقص إمّا تمسكاً باطلاق الأمر بأصل الواجب في حقه ـ لو فرض إمكان خطاب الناسي بالأقل ـ أو بمقتضى الأصل العملي القاضي بالبراءة لو فرض عدم إمكان خطاب الناسي حتى بالأقل كما ذهب إليه مشهور المتأخرين ، فلا نحتاج إلى قاعدة « لاتعاد » .

وفيه : **أولاً** : لو سلّمنا الأصل الموضوعي المبتني عليه هذا التقريب فهو لا يتم إلّا في المورد الذي يستوعب فيه النسيان تمام الوقت لا ما إذا تذكّر في أثنائه ؛ إذ لا إشكال في إمكان إيجاب الاكثر عليه ؛ لأنّ الواجب إنّما هو الاكثر ما بين الحدّين وهو متمكن من إتيانه بمجرّد ارتفاع النسيان في الاثناء ، فـيشمله إطـلاق الأمـر بالاكثر المقتضي لوجوب الاعادة كما هو واضح .

وثـانيـاً : إنّه مبني على كون الأوامر المتعلّقة بالأجزاء والشـرائـط مـولوية لا إرشادية لبيان اعتبارها في المركّب الشرعي كما هو الظاهر منها ، وهو مقتضى فهم الأصحاب لها أيضاً حيث يتمسكون باطلاق أدلّة الجزئية والشرطية لحالات التعذّر وبه يثبتون سقوط الأمر ؛ فإنّه بناءً على هذا يكون إطلاق دليل اعتبار ذلك القـيد بنفسه مقتضياً للاعادة والقضاء لا محالة .

وثالثاً : إنّه مبني على الأصل المفترض من عدم إمكان فعلية الأمر في موارد النسيان ، وهو ممنوع ؛ فإنّه إن كان ذلك من جهة مساوقته للعجز عن الامتثال فيخرج عن إطلاق الخطاب بقيد القدرة فهو واضح البطلان ؛ لأنّ النسيان والغفلة غير العجز ، ومن هنا قد يصدر منه الفعل في حال النسيان والغفلة أيضاً وإن كان بلا التفات وقصد .

وإن شئت قلت : إنّ المقيد اللبي المذكور لايقتضي التقييد بأكثر من إخراج حالات العجز وعدم القدرة حقيقة حتى إذا وصل التكليف إلى المكلّف ، وأمّا العجز الناشئ في طول عدم وصول التكليف كموارد الجهل المركب أو عدم الالتفات إلى التكليف كموارد السهو والنسيان فلا مانع من إطلاق التكليف وشموله لها وإن فرضنا صدور الفعل فيها بما هو ناسٍ غير اختياري ؛ لأنّ اللازم هو المحرّكية على تقدير الوصول والالتفات لا المحرّكية بالفعل أي كل عدم محرّكية يمكن أن يرفعها إطلاق الخطاب لا يكون قيداً فيه وإن كان صدور الفعل فيه لايسمى عمداً عرفاً ؛ إذ ليس هذا المقيد لفظياً على ماحققناه مفصّلاً في محله من علم الأُصول ، فراجع وتأمل .

وإن كان ذلك من جهة حديث الرفع ودلالته على الرفع الواقعي للتكليف في مورد الخطأ والنسيان فهو أيضاً بلا موجب ؛ لأن مفاد هذا الحديث ليس بأكثر من رفع المؤاخذة والتبعية والكلفة على ماحققناه في محله ، فتجتمع مع فعلية الحكم الواقعي الثابت بمقتضى إطلاق دليله .

التقريب الثاني : التمسك بحديث الرفع وتطبيقه على الجزء أو الشرط المنسي بلحاظ حكمه الوضعي ، فنرفع به جزئية الجزء المنسي أو شرطيته ، وحيث إنّ الرفع فيه واقعي بلحاظ النسيان ، فيكون هذا الحديث بمثابة المقيد والاستثناء عن إطلاق دليل الواجب ، فيثبت بضمّه إليه أنّ الواجب ملاكاً أو ملاكاً وخطاباً ـ بناءً على إمكان تكليف الناسي بالأقل ـ في حق الناسي هو الاقل الذي جاء به ، فيكون صحيحاً .

وفيـه : أولاً : ما تقدّم في نقد التقريب الأول أيضاً من عدم تماميته فيما إذا لم يكن النسيان مستوعباً لتمام الوقت ؛ لأنّ الاتيان بالأكثر بـين الحـدّين الذي هـو متعلّق التكليف ليس منسياً ، وإنّما المنسي الاتيان به في خصوص جزء من الوقت ، وليس ذلك موضوعاً لحكم شرعي حتى يرفع بالحديث .

وثانياً : عدم صحة أصل التمسك بالحديث بلحاظ الجزئية والشرطية ونحوها من الاحكام الوضعية ، لا لعدم كونها شرعية ، فلا يكون أمر رفعها بيد الشارع ليقال بأنّ الرفع ظاهري ، أو يقال بأن منشأ وضعها بيده ، بل لأنّ ما فيه الثقل والكلفة إنّما هو الحكم التكليفي والأمر بالجزء لا الحكم الوضعي بالجزئية والشرطية ، والذي يعني الملازمة بين إيجاب الكل وإيجاب الجزء ، والحكم التكليفي لايكون رفعه في حق الناسي حتى واقعاً ـ لو سلم ـ مقتضياً لوجوب الأقل عليه الذي لابد من إثباته في تصحيح عمله ، فلا يمكن إثبات الأمر بالأقل ، بل يكون إطلاق دليل الجزئية أو الشرطية كحكم وضعي ثابت محكّماً ومثبتاً للاعادة والقضاء كما هو واضح .

وثالثاً : ما تقدّم أيضاً من المنع عن دلالة الحديث على الرفع الواقعي في مورد النسيان ، بل غايته رفع التبعة والعقوبة ، فلا مانع من التمسّك باطلاق دليل الأمـر الفعلي بالاكثر في حق الناسي وإن كان غير منجز عليه حال نسيانه .

وهكذا يتضح عدم صحة شيء من التقريبين وأنّ مقتضى الأصل والقاعدة الاولية في موارد السهو والنسيان ما هو ثابت في غيره من موارد الاخلال مـن وجـوب الاعادة في داخل الوقت والقضاء خارجه لولا قاعدة « لاتعاد » .

وبهذا يظهر أهمية هذه القاعدة من الناحية الفقهية .

الأمر الثالث :

إنّ نفي الاعادة المفاد بهذه القاعدة يتصور ثبوتاً ـ مع قطع النظر عما يستفاد من القاعدة ـ بأحد نحوين :

النحو الأول : أن تكون الجزئية أو الشرطية مقيدة بغير حال النسيان ، وهذا يعني

استيفاء الأقل في تلك الحالة لتمام الملاك كالأكثر في حال العمد تمسكاً بأدلّة سائر الأجزاء والشرائط ، فيقع صحيحاً لا محالة ومجزياً ، فلا تجب الاعادة عليه ، هذا بلحاظ الملاك وروح الحكم .

وأما بلحاظ الخطاب فقد يقال بأنّه لايمكن تصحيح الأقل في حال النسيان بالأمر ، وإنّما يتعيّن تصحيحه بالملاك مع تعلّق الأمر بالاكثر بخصوصه ؛ لأنّه يستحيل تخصيص خطاب بالأقل للناسي ، إذ يستحيل وصوله إليه ؛ فإنّ الناسي لا يمكن أن يتصور نفسه ناسياً وموضوعاً لهذا الخطاب ، بل هو يتصور نفسه متذكّراً دائماً ومنبعثاً عن الأمر الأول ، وبمجرّد التفاته إلى كونه ناسياً يخرج عن ذلك ، فجعل مثل هذا الخطاب لغو محض ، ولعل هذا هو منشأ القول بأنّ الأقل المأتي به في حال النسيان رغم كونه وافياً بتمام الملاك لايكون مأموراً به ، بل هو غير مأمور به ولكنه مسقط للخطاب ؛ لتحقيقه تمام الملاك المطلوب للمولى ، وإنّما لم يشمله الأمر مع أنّه تابع إطلاقاً وتقييداً للملاك ، باعتبار استحالة تكليف الناسي حيث لايمكن تكليفه هنا : لا بالأكثر ؛ لعدم دخل الزائد في الملاك في حقه ، ولا بالأقل لاستحالته . وبهذا يميز بين المقام وبين موارد تعذّر الجزء أو الشرط ؛ فإنّ صحة الأقل فيها كاشف عن كون الواجب هو الجامع ، فيرجع إلى تقييد الجزئية والشرطية خطاباً أيضاً ؛ لعدم استحالة جعل التكليف بالأقل في حال التعذّر بخلاف المقام . فما ذكره البعض : من أنّ وفاء الأقل بالملاك في المقام لابد وأن يرجع إلى الحكومة والتقييد في مرحلة الجعل غير تام مالم يحل إشكال استحالة تكليف الناسي .

إلّا أنّ الصحيح أنّه يمكن تصحيح عمل الناسي بالأمر بالأقل ، فيكون التقييد راجعاً إلى مرحلة الجعل أيضاً ؛ وذلك بجعل الأمر بالجامع بين الأكثر في حال العمد والأقل المقيد بحال النسيان ، وهو أمر واحد شخصي على طبيعي المكلّف ، غاية الأمر أنّ الناسي يرى نفسه متذكّراً دائماً وممتثلاً لأفضل الحصتين من هذا الجامع مع أنّه يقع منه أقلّهما ولا محذور فيه ، فهو من قبيل أن يأمر المولى بالجامع بين

الصلاة في المسجد والصلاة في البيت ويصلّي المكلّف في البيت بتصور أنّه مسجد ؛ فإنّه على كل حال منبعث عن شخص ذلك الأمر بالجامع .

وإن شئت قلت : إنّ كل مكلّف مأمور بالاتيان بما يتذكر من الأجـزاء ، وهـذا عنوان جامع ينطبق في حق الناسي على الأقل وفي حق المتذكر على الأكثر . فلا يتوقف تصوير الأمر في حق الناسي بالأقل على فرض تكليف مخصوص بـه .

النحو الثاني : أن تكون الجزئية أو الشرطية ثابتة في حال النسيان أيضاً ، ولكنه مع ذلك لاتجب الاعادة ؛ لعدم إمكان استيفاء ملاك الأكثر بعد الاتيان بالأقلّ فـي تلك الحالة ، وهذا الملاك لايلازم صحة العمل المأتي به في نفسه ، كما أنّه بناءً عليه لا يمكن التمسك بأدلّة الأجزاء والشرائط الاخرى ، ولا دليل الأمر بـالصلاة ؛ لأنّ إطلاق دليل جزئية الجزء أو الشرط المنسي يمنع عن ذلك كما هو واضح ، فلابد من الحكم بالصحة وعدم القضاء لو فرض من التماس دليـل آخـر ولو ظـهور نـفس القاعدة في ذلك ، فيحكم بصحة الاقل ؛ لكونه محققاً لمقدار من الملاك في تـلك الحال ، وبعدم الاعادة ؛ لعدم إمكان استيفاء المقدار الزائد الذي يتحقق بالأكـثر ، ولازم هذه الفرضية إمكان الجمع بين نفي الاعادة والعقوبة على ترك الأكثر إذا كان الاخلال نسياناً أو جهلاً عن تقصير ؛ لفعلية الملاك في حقه . وهل يمكن تصحيح الأقل الذي جاء به الناسي باستكشاف الأمر به في هذا التقدير ؟

قد يقال بالعدم لأنّ الأمر بالجامع بين الأكثر في حال العمد والذكر والأقل في حال النسيان كما كان في الفرض السابق يستلزم تقييد الجزئية بحال الذكر والعمد ، وهو خلف .

وإن شئت قلت : لازم ذلك عدم التقصير فيما إذا ترك التعلّم فوقع فـي الجـهل والنسيان والغفلة ، فالأمر بالجامع المذكور إنّما يناسب الفرضية السابقة .

وقد يحاول تصحيح الأمر بالأقل بافتراض أنّ الأمر بالأجزاء غير الركنية مـن قبيل الواجب في الواجب ، فهناك أمر بالأركان وأمر آخر بسائر الأجزاء يؤتى بها

ضمن الفريضة . وقد نسب ذلك في بعض الكلمات إلى الميرزا ﷺ ، ولعلّه استظهر من بعض الروايات الدالّة على أنّ سائر الأجزاء من السنّة في الفريضة .

إلّا أنّ هذا الوجه يستلزم صحة الاتيان بالأقل ـ وهو الأركان ـ في حال العمد أيضاً ، وهو خلاف الفتوى بل والنصّ الدالّ على الاعادة في صورة الاخلال بها عمداً الظاهر في عدم تحقق الفريضة في تلك الحال ، وأنّه ليست بصلاة أصلاً .

وقد يحاول تصحيح الأمر بالأقل المأتي به نسياناً بفرض أمرين أحدهما على طبيعي المكلفين ومتعلّقه الأقل ، والآخر على الذاكر غير الناسي بالخصوص ومتعلّقه الاتيان بالأقل ضمن الأكثر ، أي تقييد متعلّق الأمر الأول بالقيد الزائد ، فلا يصح منه الاتيان بالأقل من دون أن يلزم خطاب الناسي بالخصوص بالأقل .

وفيه : إذا كان الأمر الثاني على الذاكر مقيّداً للأمر بالأقل مطلقاً ـ أي في حق الذاكر والناسي معاً ـ لزم بطلان الأقل حتى من الناسي ، وإن كان مقيداً لمتعلّقه في حق الذاكر بالخصوص لزم أن يكون الامر بطبيعي الأقل مختصاً بالناسي موضوعاً ، وهو محال بحسب الفرض ، وإن كان الأمر الأوّل مطلقاً غير مقيد به أصلاً لزم تحقق الامتثال وصحة الاتيان بالأقل ولو في حال التذكر ، وإن كان مهملاً لا مطلقاً ولا مقيداً كان مستحيلاً أيضاً ؛ لاستحالة الاهمال في عالم الثبوت .

هذا ، والصحيح إمكان الأمر بالجامع بين الأقل المقيد بحال النسيان والأكثر المجعول على طبيعي المكلّفين في هذه الفرضية أيضاً كأمر ثانٍ غير الأمر بالاكثر تعييناً إمّا مطلقاً ـ بناءً على ماهو الصحيح من أنّ النسيان رافع للتنجز لا لفعلية الأمر ـ أو لخصوص العامد مع فعلية ملاكه حتى في حق الناسي ـ بناءً على مسلك المشهور من رافعية النسيان لفعلية التكليف والخطاب ـ ، وبذلك يصح الأقل من الناسي بالخصوص باعتبار الأمر بالجامع المذكور رغم إطلاق الجزئية أو الشرطية في حقه بحيث يكون عاصياً إذا كان التفويت بتقصيره وسوء اختياره ؛ لفعلية الأمر التعييني أو الملاك التعييني بالأكثر في حق تمام المكلّفين . وقد حققنا في الأُصول

إمكان جعل أمرين أحدهما بالجامع تخييراً والآخر بالفرد والحـصة الخـاصة مـنه تعييناً في أمثال هذه الموارد .

وهكذا يتضح إمكان تصحيح الأقل في حال النسيان خطاباً وبالامر فضلاً عن تصحيحه ملاكاً على كلتا الفرضيتين للاجزاء ونفي الاعادة ، كما أنّه ظهر أنّ الاجزاء وعدم الاعادة بملاك تفويت الملاك كما يمكن أن يكون على أساس تـعدّد الأمـر وكون الأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب ـ كما هو ظاهر من يرى إطلاق القاعدة للعامد ـ كذلك يمكن أن يكون على أساس وحدة الأمر وفوات مقدار لزومي من ملاكه في خصوص صورة الاتيان بالناقص نسياناً .

هذا كلّه إذا كان نفي الاعادة خاصاً بصورة النسيان ، وأمّا إذا قيل به في صورة الجهل أيضاً ، فأيضاً يتصوّر فيه كلتا الفـرضيتين ، إلّا أنّ إشكـال اسـتحالة جـعل الخطاب على الناسي لايرد هنا إذا فرض تصحيح الأقل بالأمر ؛ إذ لايكون الخطاب بالاقل خاصاً بالناسي ، بل بغير العالم ، وهذا قابل للوصول والانبعاث منه ولو في حق الجاهل الملتفت المتردّد .

إلّا أنّه هنا قد يبرز محذور آخر في الفرضية الاولى بالخصوص ، وهو استحالة تخصيص الجزئية والشرطية أو الأمر بهما لصورة العلم والعمد ؛ لاستلزامه أخذ العلم بالحكم في موضوع شخصه ، وهو محال بل تصويب مجمع على بطلانه .

وفيه : ماتقدم في محله من إمكان أخذ العلم بالحكم بمعنى الجعل ، والكبرى في موضوع شخص الحكم بمعنى المجعول الفعلي ، فلا محذور ، كما أنّ التصويب المجمع على خلافه إنّما هو في أصـل الاحكـام والتكـاليف لا فـي بـعض قـيود المركبات الشرعية كالصلاة ، كيف ! وقد صرّح الفقهاء بوجود قيود ذكرية مشروطة بالعلم بها كالجهر والاخفات ووجوب القصر على المسافر العـالم بـوجوبه وهـذا واضح .

وبهذا ينتهي البحث عن المقدمة .

الفَصلُ الأوّلُ

في الدليل على القاعدة ، والبحث فيها نورده في جهتين :

الأُولى : في الروايات التي يمكن أن يستدل بها على القاعدة .

والثانية : في فقه هذه الروايات وتشخيص القاعدة المستفادة منها .

أمّا البحث في الجهة الأُولى :

فما يمكن أن يستدلّ به على هذه القاعدة طوائف ثلاث من الروايات :

الطائفة الأُولى :

ما استدل به المشهور ، وهي صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا تعاد الصلاة إلّا من خمسة : الطهور والوقت والقبلة والركوع والسجود ـ ثم قال : ـ القراءة سنّة والتشهد سنّة والتكبير سنّة ، ولا تنقص السنّة الفريضة » [١] .

وقد رواها الصدوق في الخصال : عن أبيه ، عن سعد بن عبد الله ، عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن الحسين بن سعيد ، عن حماد بن عيسى ، عن زرارة . وفي الفقيه أسندها إلى زرارة ، وسنده إليه في المشيخة (عن أبيه ، عن عبد الله بن جعفر الحميري ، عن محمد بن عيسى بن عبيد والحسن بن ظريف وعلي بن إسماعيل بن عيسى ، كلّهم عن حماد بن عيسى ، عن حريز بن عبد الله ، عن زرارة) [٢] . وكلا السندين صحيحان .

وقد نقلها أيضاً الشيخ في التهذيب مرسلاً لها عن زرارة ؛ ولعلّه لوضوحها وشهرتها .

---

(١) الوسائل ٤ : ٧٧٠ و ٩٣٤ و ٩٨٧ و ٩٩٥ و ١٢٤١ ومواضع أُخرى .

(٢) الخصال : ٢٨٤ . الوسائل ٤ : ٦٨٣ ، ب ١ من أفعال الصلاة ، ح ١٤ .

والذيل الوارد فيها قرينة على أنّ علّة الاعادة وعدمها كون الجـزء أو الشـرط فرضاً من الله تعالى أو سنّة .

ومن جملة روايات هذه الطائفة ما ورد في روايات متفرّقة من التمييز بين مـا فرضه الله تعالى من الحدود للصلاة في القرآن وما ليس في القرآن وإنّما ثبت من قبل النبيّ ﷺ ، وتعليل نفي الاعادة في الاخلال بما هو من السنّة بـذلك ، كـصحيح زرارة في القراءة « إنّ الله تبارك وتعالى فرض الركوع والسجود ، والقراءة سنّة ، فمن ترك القراءة متعمّداً أعاد الصلاة ، ومن نسي فلا شيء عليه » [١] ومثلها صـحيحة محمد بن مسلم [٢] .

فإنّ تفريع نفي الاعادة في القراءة على تقسيم الأجزاء في الصدر أولاً الى ماهو فرض من الله وما هو سنّة ظاهر في التعليل وبيان أنّ نكتة ذلك كون القـراءة مـن السنّة لا الفريضة .

وورد في التشهّد صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام ، في الرجل يفرغ من صلاته وقد نسي التشهد حتى ينصرف ، فقال : « إن كان قـريباً رجـع إلى مكـانه فتشهد وإلّا طلب مكاناً نظيفاً فتشهد فيه ، وقال : إنّما التشهد سنّة في الصلاة » [٣] فيكون سياق التعليل فيه ظاهراً في إعطاء كبرى كلية وهي : إنّ ماثبت في الصلاة بالسنّة لاينقض الصلاة إذا أخلّ به لا عن عمد .

بل نفس التعبير بالسنّة في قبال الفريضة أيضاً بحسب المناسبة والمتفاهم العرفي ظاهر في التخفيف من حيث المرتبة والأهمية ، وبالتالي عدم نقض الصلاة بالاخلال به في صورتي السهو والنسيان على الأقل .

---

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٧ من القراءة بعد الصلاة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٧٦٧ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٩٩٥ ، ب ٧ من التشهد ، ح ٢ .

ومن جملة روايات هذه الطائفة صحيح زرارة الذي ينقله الشيخ والكليني ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الفرض في الصلاة ؟ قال : « الوقت ، والطهور ، والقبلة ، والتوجّه ، والركوع ، والسجود ، والدعاء » ، قلت : ماسوى ذلك ؟ فقال : « سنّة في فريضة » [١] .

ومثلها رواية الأعمش التي ينقلها الصدوق في الخصال في حديث (شرائع الدين) عن جعفر بن محمّد عليه السلام قال : « هذه شرائع الدين لمن أراد أن يتمسك بها وأراد الله هداه : إسباغ الوضوء كما أمر الله عزّ وجلّ . . . وفرائض الصلاة سبع : الوقت ، والطهور ، والتوجّه ، والقبلة ، والركوع ، والسجود ، والدعاء . . . » [٢] .

ولكن في سندها في الخصال عدّة مجاهيل . وأيّاً ما كان : فيقتنص من مجموع هذه الطائفة قاعدة كلّية هي عدم إعادة الصلاة إذا وقع النقص والخلل فيها في غير الفرائض من غير عمد ، نعم صحيحة زرارة الاولى أوضح دلالة على القاعدة بكليتها . وأمّا الروايات الأُخرى فربّما يدعى اختصاصها بالسهو في الموضوع ، فلا يشمل الجهل بالحكم على ماسوف يظهر خلال البحوث القادمة .

الطائفة الثانية :

ماورد بعنوان أنّ من حفظ الركوع والسجود فقد تمت صلاته ، كمعتبرة الحسين بن حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له : أسهو عن القراءة في الركعة الأُولى ؟ قال : « اقرأ في الثانية » . قلت : أسهو في الثانية ؟ قال : « اقرأ في الثالثة » . قلت : أسهو في صلاتي كلها ؟ قال : « إذا حفظت الركوع والسجود فقد تمت صلاتك » [٣] . فإنّ ذيلها ظاهر في إعطاء قاعدة كلية دالّة على أنّ السهو في داخل

---

(١) الوسائل ٣ : ٢١٤ ، ب ١ من القبلة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ٤ : ٦٨٣ ، ب ١ من أفعال الصلاة ، ح ١٥ . الخصال : ٦٠٣ ـ ٦٠٤ .

(٣) المصدر السابق : ٧٧١ ، ب ٣٠ من القراءة في الصلاة ، ح ٣ .

الصلاة كلها لايوجب الاعادة إذا كان قد حفظ الركوع والسجود ، وحيث إنّها ناظرة إلى الأفعال في داخل الصلاة ، اقتصر فيها على ذكر الركوع والسجود فقط .

ومثلها معتبرة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه‌السلام ، قال : قلت : الرجل يسهو عن القراءة في الركعتين الاوليتين فيذكر في الركعتين الآخرتين أنّه لم يقرأ ؟ قال : « أتمّ الركوع والسجود ؟ » قلت : نعم ، قال : « إنّي أكره أن أجـعل آخـر صـلاتي أوّلها » [١] .

ومثلها رواية منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه‌السلام : إنّي صلّيت المكتوبة فنسيت أن أقرأ في صلاتي كلّها ؟ فقال : « أليس قد أتممت الركـوع والسـجود ؟ ! قلت : بلى ، قال : وقد تمّت صلاتك إذا كان نسياناً » [٢] فإنّ ظاهرها إعطاء نفس الكبرى الكلية ، فتكون هذه الطائفة أيضاً دليلاً على القاعدة في أجزاء الصلاة غير الركنية على الأقل .

الطائفة الثالثة :

ماورد بلسان التثليث وتقسيم الصلاة إلى أثلاث ثلاثة ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال : « الصلاة ثلاثة أثـلاث : ثـلث طـهور ، وثـلث ركـوع ، وثـلث سجود » [٣] .

فإنّ التثليث الوارد فيها ظاهر في اكتمال الصلاة بهذه الاثلاث ونـقصها بـنقص شيء منها ، وهذا لا محالة يكون كناية عن كفايتها في الجملة ، والذي يكون قدره المتيقن حالات النسيان والسهو لا محالة ، وإلّا لم تكن هذه الثلاثة بمجموعها تمام الصلاة ، بل هذا النسيان عرفاً أحد ألسنة الاهمية والركنية للأُمور الثلاثة دون غيرها

---

(١) الوسائل ٤ : ٧٧٠ ، ب ٣٠ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٧٦٩ ، ب ٢٩ من القراءة في الصلاة ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٩٣١ ، ب ٩ من الركوع ، ح ١ .

بعد أن كان مركوزاً ثبوت أفعال أُخرى في الصلاة أيضاً ، فيكون المتفاهم منه عرفاً عدم قدح الاخلال بغيرها من أفعال الصلاة إذا حفظها المصلّي بنحو القضية المهملة ـ على الأقل ـ والتي قدرها المتيقن صورة السهو والنسيان .

نعم ، هي ساكتة عن الوقت والقبلة ؛ ولعلّه باعتبار نظرها إلى السهو والاخلال بما هو فعل عبادي يقوم بايجاده المكلّف مستقلاً .

وهكذا تثبت القاعدة بهذه الطوائف الثلاث من الروايات .

وممّا يؤكد ثبوت هذه القاعدة أيضاً أنّنا بمراجعة الروايات البيانية التفصيلية الصادرة عنهم عليهم السلام في أجزاء الصلاة وقيودها نلاحظ أنّ ماورد منها في الأركان تأمر بالاعادة من الاخلال بها ولو كان سهواً ، بخلاف ماورد منها في غير الأركان ـ باستثناء ما سوف يأتي البحث عنه في الخاتمة ـ فإنها تنفي الاعادة إذا كان الاخلال لا عن عمد ، غاية الأمر قد تأمر بالقضاء أو سجود السهو عنه ممّا يدلّ على صحة الصلاة في نفسها .

هذا تمام الكلام في هذه الجهة .

الجهة الثانية :

في فقه هذه الروايات ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ المستفاد منها كبرى كلية ، هي أنّ الصلاة مشتملة على صنفين من القيود : صنف منها قيود مهمة خطيرة يعبّر عنها بالفرض ، تكون مفروضة من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم ولابدّ من حفظها وعدم الاخلال بها حتى سهواً ، وصنف آخر قيود أقل أهمية وركنية يعبّر عنها بالسنّة .

والسنّة تطلق تارة بمعنى المستحب في قبال الواجب ، وأُخرى بمعنى ما جعله النبي وفرضه قولاً أو عملاً في قبال مافرضه الله سبحانه في القرآن الكريم .

والظاهر أنّ هذا هو المراد بها في المقام برغم عطف التكبير في ذيل صحيح زرارة على التشهد والقراءة في سياق بيان السنّة ، وظاهره غير تكبيرة الاحرام ،

وهو مستحب ، إلّا أنه مع ذلك يناسب مع كلا المعنيين كما هـو واضـح ، فـيكون المعنى الثاني هو الظاهر ؛ لتصريح جملة من الروايات السابقة وغيرها بلزوم سائر الأجزاء غير الركنية في الصلاة ، بل ووجوب الاعادة إذا ترك شيئاً منها مـتعمّداً ، فهي واجبة كالاركان إلّا أنه لأجل متابعة النبي أو أمره ، لا مـن جـهة فـرض الله سبحانه وتعالى في القرآن ، ومن هنا لم تجب الاعادة بالاخلال بها لا عن عمد ، بل لعل المعنى الأول للسنّة اصطلاح متأخر .

وعلى هذا الأساس يستفاد من هذه الروايات قضيتان كبرويتان :

إحداهما : أنّ مافرضه الله سبحانه في الصلاة من القيود تبطل الصلاة بالاخلال بها ولو سهواً .

الثانية : أنّ ما هو سنّة في الصلاة من القـيود المـعتبرة فـيها لاتـبطل الصـلاة بالاخلال بها لا عن عمد . ولا إشكال في استفادة هاتين القضيتين مـن الروايـات السابقة .

وإنّما الكلام والبحث في تحديد ماهي الفرائض ؛ فإنّ بعض الطوائف السابقة من الروايات المتقدمة ذكرت ثلاثة أثلاث للصلاة : الطهور والركوع والسجود ، وبعضها ذكرت اثنين هما : الركوع والسجود فقط ، وبعضها ذكرت خمسة بـإضافة القـبلة والوقت ، وبعضها ذكرت سبعة بإضافة التوجّه والدعاء ، فقد يقال بـالتهافت بـين الروايات من هذه الناحية .

إلّا أنّ الانصاف عدم التهافت فيما بينها ؛ لأنّ الطائفة الثالثة كصحيح الحلبي التي ذكرت الاثلاث الثلاثة للصلاة لم تذكر ذلك بعنوان الفرائض لكي يتنافى مع الخمسة أو السبعة ، فلعلّها ناظرة إلى الافعال المستقلة العبادية التـي يـقوم بـها المكـلّف ، لا مطلق القيود حتى التي تكون وصفاً وحالة للصلاة ، أو يكون المراد منها إبـراز أهمية الأركان الثلاثة بالخصوص وعـدم قـبول أي إخـلال بـها بـخلاف الركـنين الآخرين حيث سوف يأتي في الخاتمة ثبوت نحو توسعة فيهما ، والطائفة الثـانية

التي ذكرت الركوع والسجود فقط ناظرة إلى الاجزاء والسهو الواقع داخل الصلاة لا مطلق القيود المعتبرة حتى التي محلّها قبل الدخول في الصلاة كما أشرنا سابقاً .

وأمّا الخمسة والسبعة الواردتان في صحيحي زرارة في الطائفة الأُولى في مقام تعداد ما فرضه الله في الصلاة فأيضاً لا تنافي بينهما ؛ لأنّ التوجّه يراد به النية وقصد الصلاة ، والتوجه إلى الله سبحانه والدعاء يراد به ذكر الله سبحانه ، وهما مقوّمان لعنوان الصلاة ومفهومها لغة وعرفاً ، فعدم ذكرهما في صحيحة زرارة المتعرّضة لقاعدة « لا تعاد » لا ينافي ركنيتهما ولزوم الاعادة من الاخلال بهما ؛ لأنّ نظر الصحيحة إلى ما اعتبر من القيود في الصلاة بفرض الله بعد الفراغ عن تحقق أصل الصلاة خارجاً ، ومما يدل على ذلك أن التعبير ورد فيها بعنوان « لا تعاد الصلاة » وهو لا يكون إلّا مع فرض تحقّق الصلاة أولاً المتوقف على تحقق التوجه والنية والذكر ، وإلّا لم يكن صلاة في الخارج حقيقة ليصدق الاعادة ، وهذا واضح .

ثم إنّه يجدر البحث في فقه هذه القاعدة من ناحيتين أُخريين :

إحداهما : في المراد من الطهور فيها وأنّه خصوص الطهارة الحدثية أو الخبثية أو كلاهما .

الثانية : أنّ مفادها هل يكون نفي الاعادة بالملاك والتصور الأوّل من التصورين المتقدم بيانهما في الأمر الثالث من المقدمة ، أو بالتصور الثاني وبأيّة كيفية ؟ وهذان البحثان مهمان ، ويترتب عليهما ثمرات عملية كما سوف يظهر .

أما البحث عن الناحية الأُولى :

فالمشهور استظهروا من الطهور الذي هو أحد الخمسة التي تعاد الصلاة منها : خصوص الطهارة من الحدث . والسيد الشهيد الصدر ﷺ أثار شبهة الاجمال في الرواية ، واحتمال أن يراد بالطهور فيها الطهارة من الخبث الذي هو شرط في الصلاة

ومذكور في القرآن أيضاً بقوله تعالى : ﴿ **وثيابَك فطهِّر** ﴾ [(١)] ، فلا يـمكن التـمسك بإطلاق القاعدة للاخلال بالطهارة الخبثية بـاعتبار سـريان إجـمال المسـتثنى إلى المستثنى منه لا محالة .

إلّا أنّ الانصاف : أنّ ما فهمه المشهور من اختصاص الطهور في القاعدة بالطهارة من الحدث هو الاوفق والاظهر ؛ وذلك بأحد وجوه :

١ ـ إنّ من يراجع ألسنة الروايات واستعمالات كلمة الطهور فيها يـلاحظ أنّـها تطلق على الطهارة المضافة إلى المكلّف بما هو إنسان ، لا الطهارة الخبثية التي هي صفة للثوب أو الجسد ويعبّر عنه غالباً بالنظافة أو الطهارة في الروايات لا الطهور ، نعم ورد في حديث الأربعمئة في الخصال : « وغسل الثياب يذهب الهمّ والحزن ، وهو طهور للصلاة » [(٢)] إلّا أنّه نادر جدّاً ، فلا يبعد دعوى الاطمئنان بانصراف كلمة الطهور في استعمالات الشارع خصوصاً في باب الصلاة إلى الطهارات الثلاث التي صرّح بها القرآن الكريم في آيات عديدة جعلتها شرطاً للقيام إلى الصلاة ، فشيوع استعمال الطهور في الطهارة الحدثية بالخصوص ـ التي اعتبرت حالة باقية للانسان ، ولهذا يقال هو على طهور ـ وارتكازية أمر القرآن الكريم بذلك في آيات واضـحة صريحة يوجبان انصراف عنوان الطهور في هذه الروايات إلى خـصوص الطـهارة الحدثية وانسباقها منه .

٢ ـ إنّ الطهور مردّد بين معانٍ أقربها المطهِّر ، ولهذا أطلق عـلى المـاء عـنوان الطهور ، قال تعالى : ﴿ **وأنزلْنا من السماءِ ماءً طهوراً** ﴾ [(٣)] والتراب أحد الطهورين ، وإطلاقه في باب الطهارة الحدثية ليس بلحاظ الطهارة الحاصلة ، بل على الافعال

(١) المدثّر : ٤ .

(٢) الخصال : ٦١٢ ، وفي السند القاسم بن يحيى ، وهو لم يوثّق .

(٣) الفرقان : ٤٨ .

المحققة للطهارة من الغسل أو الوضوء أو التيمم ، حيث إنّ هذه الافعال تكون مطهِّرة للإنسان ، فمعنى الطهور والكون على طهور كالكون على الوضوء والغسل اعتبار شرعي لبقاء نفس ذلك المطهّر .

وعلى هذا يقال : إرادة الطهارة الخبثية من الطهور في هذه الروايات إن كان على أساس التمسك باطلاق الطهور بمعنى استعماله في الطهارة فقد عرفت أنه خلاف معناه الأصلي ، وإن كان على أساس شرطية مطلق المطهِّر الأعم من الغسل أو الوضوء أو التيمم في رفع الحدث والغسل في رفع الخبث ، حيث إنّ فعل الغسل مطهّر أيضاً ، ولهذا أطلق الطهور عليه في رواية الخصال ، فمن الواضح أنّ الشرط في الصلاة في باب الحدث نفس الفعل المطهر بخلاف الشرط في الصلاة في باب الخبث ؛ فإنّ الشرط طهارة الثوب والبدن لا الغسل ، ولهذا لو تحقق ذلك كان مجزياً أيضاً .

والحاصل فعل التطهّر ليس شرطاً في باب الخبث للمصلّي ، وإنّما الشرط طهارة الثوب بخلاف الحدث ، فإذا كان الطهور بمعنى المطهّر لم يكن شاملاً للطهارة الخبثية .

وأمّا حمله على إرادة الماء كناية عن شرطية استعماله في الصلاة في رفع الحدث والخبث معاً فبعيد غايته ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ الطهارة من الحدث قد تكون بالتراب لا الماء .

وهكذا يعرف أنّ عنوان الطهور بمعناه الظاهر فيه ـ وهو المطهّر ـ لا يكون جامعاً بين الطهارتين ، بل يمكن أن يقال أنه لو كان الطهور بمعنى الطهارة أيضاً لم يكن جامعاً للطهارتين باعتبار تباينهما عرفاً ؛ فإنّ اعتبار الطهارة من الخبث مباين مع اعتبار الطهارة من الحدث وإن كانا معاً اعتبارين شرعيين ، فالأوّل اعتبار معنوي عبادي للانسان ، والثاني اعتبار مادّي للثوب أو الجسد ، وكم فرق بينهما ، فإذا فرض انسباق المعنى الاعتباري من مثل هذه الألفاظ ـ كما هو الصحيح ـ وكان

اعتبار الطهارة من الحدث أمراً مبايناً مع اعتبار الطهارة من الخبث فاستفادة المعنيين من لفظ الطهور يكون أشبه باستعماله في معنيين الذي لا يكون عرفياً .

والحاصل سواء كان الطهور بمعنى المطهّر أو الطهارة لا يكون المراد منه في الروايات إلّا الطهارة الحدثية ؛ لأنّ الأوّل لا يناسب إلّا الطهارات الثلاث ؛ فإنّها طهور للانسان أي مطهّر له ، وأمّا الطهارة الخبثية المعتبرة في الصلاة فهي ليست معتبرة بما هي مطهّر ، بل بما هي صفة للثوب والبدن .

وعلى الثاني أيضاً لا يصح التمسك باطلاق الطهور للطهارتين معاً ؛ لأنّ الطهارة الحدثية اعتبار شرعي مباين عرفاً أيضاً مع الطهارة الخبثية ، فليس التشابه بينهما إلّا في التسمية ، فاستعمال اللفظ فيهما معاً أشبه باستعماله في معنيين .

٣ ـ بقرينة ما ورد في ذيل القاعدة وفي الروايات الأُخرى التي استدللنا بها فيما تقدم يظهر أنّ الكبرى المقصودة هي لزوم إعادة الصلاة في الاخلال بما يكون مفروضاً في الصلاة من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم دون ما يكون سنّة . ومن الواضح أنّ الطهارة من الخبث لا شاهد على اعتبارها في الصلاة من الكتاب الكريم عدا ما يتوهم في مثل قوله تعالى : ﴿ **وثيابَك فطهِّر** ﴾ إلّا أنّ الظاهر إرادة تقصير الثياب وتشميرها من التطهير في الآية كما ورد ذلك في تفسيرها في حديث الاربعمئة ، كما أنّه فسّر بتزكية النفس والافعال من الرذائل ، ولو فرض إرادة الطهارة من الخبث فلا دليل على النظر فيها إلى الصلاة ليكون دليلاً على كون الطهارة من الخبث مما فرضه الله في الصلاة ، ومجرّد ذكر التكبير لله قبلها لا يدلّ على إرادة الصلاة ، خصوصاً وأنّ النظر لو كان إلى ذلك لكان اللازم بيان ذلك بنحو الشرطية كما ورد في الطهارة الحدثية .

فالانصاف أنّ استفادة ذلك من مثل هذه الآية بعيد غايته . ومعه لا موجب لاحتمال إرادتها من الطهور في صحيح زرارة وإن فرض شمول لفظ الطهور لها أيضاً لغة وعرفاً ؛ فإنّ ذيل الصحيحة وسائر الروايات تكون بمثابة المقيد له حينئذٍ

بالطهور المفروض من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم ، وهو الطهارات الثلاث بالخصوص . فيبقى الاخلال بالطهارة من الخبث مشمولاً لاطلاق المستثنى منه في القاعدة ، فلا يجب الاعادة فيها ولا القضاء في حال النسيان لولا النص الخاص على التفصيل بين النسيان والجهل على ما هو مقرّر في محله .

هذا كلّه في الناحية الاولى من البحث .

وأمّا البحث عن الناحية الثانية :

فقد يقال إنّ الظاهر الأولي من روايات القاعدة أن تكون الأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب ؛ لأنّه قد عبّر في صحيحة زرارة بأنّ ما سوى ذلك سنّة في الفريضة [١] . وهذا ظاهره الواجب في ضمن الفريضة ، بل التعليل بأنّ السنّة لا تنقض الفريضة أيضاً يناسب هذا المعنى ؛ فإنّ السنّة كما لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها سهواً كذلك يقتضي أن لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها عمداً أيضاً ؛ إذ ليس كونها سنّة في فريضة يختلف من حال إلى حال ، فالتعليل بنفسه يقتضي صحة الاتيان بالأقل حتى في صورة العمد والعلم ، غاية الأمر يكون عاصياً ومعاقباً لتركه ومخالفته لامتثال الأمر بتلك الاجزاء الظاهر في وجوبها ، فيكون مقتضى الجمع بين الدليلين أنها واجبة بنحو الواجب في الواجب ، خصوصاً لمثل صحيحة زرارة التي صرّحت بأنّ ما سوى ذلك سنّة في فريضة .

ولعل هذا الوجه هو الذي دعا مثل الشيخ محمد تقي الشيرازي ﵀ أن يلتزم باطلاق القاعدة لصورة الاخلال العمدي أيضاً ، فحكم بصحة الصلاة وعدم الاعادة لو تركها عمداً رغم وجوب الاتيان بها ضمن الفريضة وكونه عاصياً بذلك مستحقاً للعقوبة ، بل لعل ظاهر الشيخ ﵀ في النهاية في مبحث وجوب السورة في الصلاة ذلك أيضاً . ومثله أيضاً ماثبت في الحج من وجوب بعض الاعمال فيه رغم عدم

---

(١) انظر : الوسائل ٤ : ٩٣٢ ، ب ٩ من الركوع ، ح ٥ .

بطلان الحج بتركه ولو عمداً ، كطواف النساء والرمي والمبيت بمنى .

وبهذا البيان ظهر وجه الاشكال فيما يقال من أنّ شمول حديث « لاتعاد » لصورة العمد والعلم يستوجب المناقضة مع أدلّة الجزئية والشرطية ؛ فإنّ هذا فرع أن يكون هناك أمر واحد لا أمران بنحو الواجب في الواجب ، وهو فـرع عـدم الاسـتظهار المتقدم من التعليل الوارد في روايات الباب ، وإلّا كان الظهور المذكور بنفسه بياناً على أنّ الأمر بالاجزاء غير الركنية من الواجب في واجب ، لا الجزئية لأمرٍ واحد .

والصحيح في دفع هذا الوجه الفنّي أن يقال بأنّ جـملة مـن الروايـات المـبيّنة للاجزاء غير الركنية والمعبّرة عنها بالسنّة قد ورد الأمر بالاعادة فيها إذا أخلّ بـها عمداً ، من قبيل صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم الواردتين فـي القـراءة ، وهـذا كالصريح في عدم كون القراءة من قبيل الواجب في الواجب ، وإلّا لم يكن مجال للاعادة ، بل ظاهرها بطلان العمل المأتي به أولاً بتمامه وهو يلازم وحـدة الأمـر بالمركّب في صورة العمد ، لا أنّ هناك أمرين حتى إذا فرض إمكان تحقيق ملاك الأمر الثاني بإعادة العمل مع القراءة كما إذا كان واجباً ضمن الصلاة المشروعة لا خصوص الواجبة . فيكون مقتضى هذا اللسان وحـدة الأمـر عـرفاً وأن الاجـزاء والشرائط المذكورة قيود في ذلك الأمر الواحد ، كما هـو مـقتضى الظـاهر الاولي لدليل وجوب الصلاة والأدلّة البيانية في الاجزاء والشرائط ؛ فإنّه لاينبغي الاشكال في أنّ مقتضى ظاهرها الاولي ذلك أيضاً .

وعندئذٍ يكون إطلاق نفي الاعادة حتى لحالات العلم والعمد مناقضاً مع الأمر بتلك الاجزاء والقيود بعد فرض وحدة الأمر ، فضلاً عما دلّ على لزوم الاعادة ، فلا محالة يختص مفاد هذه القاعدة بغير موارد العلم والعمد حتى إذا فرض إطلاق لسان دليلها لفظاً ، كيف ! وسوف يأتي المنع عن هذا الاطلاق أيضاً ، فيكون مفاد التعليل بالسنّة فيها أن أهمية هذه الاجزاء أقل ؛ لكونها غير مشرّعة من قـبل الله سـبحانه وغير مفروضة في الكتاب الكريم ، فلا محذور في الاخلال غير العمدي بها .

والانصاف أنّ التعبير بالسنّة يناسب مع هذا المعنى أي قلّة الأهمية في الجملة ، لا الواجب في الواجب .

وبما أنّ القاعدة تتكفّل المستثنى والمستثنى منه معاً ، أي تدلّ على صحة الصلاة إذا كان الخلل في غير الأركان وتحقق الواجب بها وأنّ ذلك الخلل لكونه فيما هو ليس بفرض من الله لايقدح في صحتها ، فيكون ظاهرها أنّ نفي الاعادة إنّما هو بالملاك الأوّل ـ أي تقيّد الجزئية أو الشرطية للقيد المنسي والأمر به بصورة العمد والعلم ـ لا الثاني ، أي ظاهر في النظر إلى دليل الجزئية وتقييدها ، لا ثبوتها ولكن تسقط الاعادة لعدم إمكان استيفاء ملاكها .

هذا ، مضافاً إلى أنّ سياق الامتنان والتخفيف فيها أيضاً لا يناسب إلّا هذا الملاك ، وعليه فيكون مفاد القاعدة ثبوتاً تقييد اعتبار القيود غير الركنية بغير الحالات التي تشملها القاعدة .

ويترتب على ذلك صحة العمل المأتي به ، لكونه مأموراً به تمسكاً باطلاقات الأمر بأصل الصلاة ـ بالنحو المتقدم شرحه في المقدمة ـ وعدم العقوبة على الاخلال بالقيد غير الركني في مورد شمول القاعدة حتى إذا كان ذلك بتقصير من قبل المكلّف في المقدمات أدّى إلى نسيانه أو جهله المستلزم لتركه ذلك القيد إذا قلنا باطلاق دليل القاعدة للجهل عن تقصير .

ومنه يعرف أنّ ثبوت التقصير والعقوبة متوقف على تحقيق مدى إطلاق القاعدة وحدود مايستفاد منها ، لا العكس كما هو ظاهر تعبيرات القوم ، حيث منعوا عن إطلاق الحديث في القاعدة لحالات التقصير ؛ فإن هذا إنّما يناسب مع الملاك الثاني لنفي الاعادة ، أي أن يكون ذلك من جهة عدم إمكان استيفاء الملاك ، وأما بعد فرض استظهار حكومة القاعدة على دليل الأمر بالاجزاء والشرائط ، وظهورها في تقييد إطلاقاتها بصور العمد ، فكل مورد شملته القاعدة كان خارجاً عن دليل الأمر ، وحيث إنّ الأمر واحد فيستكشف لا محالة أنّ الواجب هو الجامع بين الأكثر في

حال العمد والأقل في غير تلك الحال ، ومعه لا موضوع للتقصير من نـاحية ذلك الجزء أو الشرط المنسي أصلاً كما هو واضح .

وقد يتوهم أنّ القاعدة تقيّد دليل الجزئية والشرطية لا دليل الأمر بالمركّب ، بل لابدّ من سقوط الأمر بالمركّب في المرتبة السابقة ولو بالعصيان ـ كما في مـوارد التقصير ـ لتأتي القاعدة وتنفي الجزئية والشرطية ؛ لأنها تنفي الاعادة ، فلابدّ مـن فرض أنّ الأمر يكون بالاعادة في ذلك المورد ، ومع فرض بقاء الأمر الأوّل لا أمر بالاعادة .

وفيه : أنّ الاعادة دائماً تكون من جهة بقاء الأمر الاول المتعلّق بالجامع بـين الحدّين لا بأمر جديد ، وأن تقييد الجزئية والشرطية بحال العمد عبارة اخرى عن تقييد الأمر بهما بحال العمد لا محالة وأنّ المأمور به هو الجامع بين الأقل في غير حال العمد والأكثر في حال العمد ، وسوف يأتي مزيد توضيح لهـذه النـقطة فـي الفصل القادم .

الفصل الثاني

في حدود مفاد القاعدة وموارد جريانها ، والبحث عن ذلك نورده في جـهات عديدة :

الجهة الأولى :

في حدود جريانها بلحاظ حالات العمد والجهل والنسيان ، وتفصيل ذلك : أنّ الاخلال قد يكون مع العلم والعمد ، وقد يكون مع الجهل بمعنى التردّد المـحكوم بلزوم الاحتياط والاتيان كالشك قبل الفحص ، وقد يكون مع الجهل بمعنى العـلم بعدم لزوم الاتيان والاجتزاء بالناقص وجداناً أو تعبّداً ولو ظاهراً ، وقد يكون مـع النسيان بمعنى الغفلة ، وكل ذلك تارة يكون في الموضوع بأن يسهو أو يشتبه في

إتيانه بالجزء، واخرى في حكمه وهو الوجوب.

ولا إشكال في أنّ مقتضى الظهور اللفظي لعنوان «لا تعاد» شمول حالات العلم والعمد أيضاً ـ كما تقدم ـ ولكنه غير تام لأكثر من وجه.

من هذه الوجوه: لزوم المناقضة ثبوتاً بعد فرض وحدة الأمر وعدم كونه من قبيل الواجب في واجب، كما تقدم وجهه.

ومنها: ظهور القاعدة في وجود أصل المقتضي للإعادة الذي هو الجزئية والشرطية، وكذلك ظهور ذيلها في لزوم الاجزاء غير الركنية في الصلاة ولو من باب كونها سنّة.

ومنها: أنّ لسان نفي الاعادة في القاعدة يناسب النظر إلى من يريد تصحيح صلاته بعد الاتيان بها وكونه في مقام الامتثال لأوامر المولى وقد ابتلي بذلك بعد أدائها، لا من أول الأمر، وإلّا كان الأنسب التعبير بعدم أصل الجزئية أو الشرطية بعد فرض وحدة الواجب.

ومنها: أنّ سياق الامتنان والتخفيف أيضاً لا يناسب الاطلاق لحالات العلم والعمد عرفاً.

والحاصل من مجموع هذه النكات وغيرها يستفاد أنّ القاعدة علاج لتصحيح ما وقع ممن يريد الامتثال، لا مايراد إيقاعه أو ما وقع من العاصي العامد.

فتكون صورة العلم والعمد خارجة عن القاعدة جزماً، لا من جهة عدم صدق الاعادة في موردها ليمنع ذلك ويقال باطلاقها في مورد العمد في لسان نفس الروايات البيانية كثيراً، بل بالنكات الثبوتية والاثباتية المذكورة.

وأما صورة التردّد المنجّز على المكلّف ـ لولا القاعدة ـ كما إذا شك في وجوب السورة قبل الفحص، أو الشك المقرون بالعلم الاجمالي بنجاسة ثوبه، أو كونه مما لا يؤكل لحمه فصلّى فيه رجاءً. فالانصاف أنّه أيضاً ملحق بالعلم والعمد من حيث عدم شمول القاعدة له لتمامية النكتة الاثباتية فيه على الاقل كما لايخفى.

كما لا إشكال في أنّ القدر المتيقن شمول القاعدة لموارد السهو أو النسيان في الموضوع ، وأمّا نسيان الحكم فقد ألحقه بعضهم بالجهل ؛ لأنه نحو جهل بـالحكم فعلاً وإن كان يرتفع بمجرّد الالتفات ، وأمّا الجهل بالحكم أو الموضوع بمعنى العلم بالصحة واقعاً أو ظاهراً على أساس أصل أو أمارة ثم ينكشف الخلاف فقد حكـم المشهور بعدم جريان القاعدة فيه ، وفصّل بعض أساتذتنا العظام ﷺ في الجاهل بين المقصّر فلا يجري في حقه القاعدة ، والقاصر فتجري في حقه .

والظاهر أنّ مقصوده من الجاهل المقصّر الأعم من التردّد والشك المنجّز أو العلم بالصحة نتيجة الاهمال والتقصير في المقدمات .

وما يمكن أن يذكر في المنع من التمسك باطلاق القاعدة لحالات الجهل أحـد وجوه :

الوجه الأول : أنّ النسبة بين القاعدة وبين إطلاق أدلّة الجزئية والشرطية للقيود غير الركنية العموم من وجه بعد فرض خروج صورة العمد عن القاعدة تـخصصاً وخروج النسيان عن أدلّة الجزئية والشرطية بتعذّر الامتثال ، فلا وجه لتقديم القاعدة عليها .

وفيــه :

أوّلاً : النسبة بينهما عموم وخصوص مطلق ؛ لأنّ أدلّة الجزئية والشـرطية لهـا إطلاق لتمام الحالات ؛ لكونها أحكام وضعية يمكن أن تثبت حـتى فـي حـالات التعذّر فضلاً عن الجهل والنسيان ، بل حتى إذا كان مفادها التكليف قد عرفت أن الصحيح فعليّته في موارد النسيان كالجهل ، وإطلاق الخاص مـقدّم عـلى إطـلاق العام .

وثانياً : حكومة دليل القاعدة على أدلّة الاجزاء والشرائط ؛ لكونها ناظرة إلى ما ثبت اعتباره من قيود الصلاة لتفصّل بين ماهو فرض منها وما هو سنّة ، وإطـلاق الحاكم مقدم على إطلاق المحكوم ولو كان بالعموم من وجه .

وثالثاً : لو فرض التعارض والتساقط في صورة الجهل ، كان المرجع فيه الاصول العملية المؤمّنة أيضاً بناءً على جريانها في الواجبات الارتباطية حيث يشك في ثبوت الجزئية والشرطية في حقه وعدمه .

الوجه الثاني : المنع عن إطلاق القاعدة بلحاظ عقد المستثنى منه ؛ لأنها متعرّضة لبيان أهمية الأركان الخمسة في المستثنى ، نعم يكون صورة السهو والنسيان هو القدر المتيقن من عقد المستثنى منه ، فتشمله القاعدة جزماً بخلاف حالات الجهل .

وفيه : منع ظاهر ؛ فإنّ القاعدة متعرّضة لنفي الاعادة أولاً عمّا عدا الخمسة ، بل تقييدها لأدلّة الجزئية والشرطية إنّما يكون بلحاظ عقد المستثنى منه ، وأمّا عقد المستثنى فيه فهو تأكيد لما ثبت بأدلّتها من إطلاق الاعتبار ، فدعوى العكس هو الأولى .

الوجه الثالث : استظهار لحوق الجهل بصورة العمد في لزوم الاعادة من بعض الروايات المتقدمة نفسها ؛ فإنّ بعضها بعد أن بيَّنت التفصيل في اعتبار قيود الصلاة بين مايكون فرضاً وما يكون سنّة ، رتّبت على ذلك التفصيل بين من ترك ذلك متعمّداً فتجب عليه الاعادة ، ومن نسي فلا شيء عليه كما في صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم المتقدّمتين .

وورد في معتبرة منصور بن حازم في من صلّى المكتوبة فنسي أن يقرأ : « أليس قد أتممت الركوع والسجود ؟ » قلت : بلى ، قال : « قد تمّت صلاتك إذا كان نسياناً (ناسياً) » [١] وغيرها من الروايات .

والاستدلال بها **تارة** يكون بالتمسك باطلاق العمد فيها لصورة الجهل حيث يكون الترك فيها عمدياً ؛ إذ العمد لغة هو الفعل أو الترك مع الالتفات إليهما وإن كان

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٩ ، ب ٢٩ من القراءة في الصلاة ، ح ٢ .

منشأه الجهل بالحكم ، فيكون العمد بنفسه شاملاً للجهل أيضاً خصوصاً مع جعله مقابل النسيان .

هذا في صحيح زرارة ، وأمّا رواية منصور فباطلاق المفهوم فيها ، وحيث إنّ هذه الروايات واردة في الاجزاء غير الركنية التي هي سنّة في الفريضة وناظرة إليـها ، فتكون بحكم الأخص من المطلقات كصحيح زرارة « لاتعاد الصلاة إلّا من خمس » ولو فرض التعارض بنحو العموم من وجه كان المرجع أيضاً إطـلاقات الشـرطية والجزئية .

وأُخرى يكون بتقريب آخر لايتوقف على إطلاق العـمد لحـالات الجـهل ولا إطلاق المفهوم في رواية منصور ، وحاصله : إنّ ورود عنوان النسيان في لسان هذه الروايات مع وضوح وحدة الجعل وكونها كروايات القاعدة ناظرة إلى مطلب واحد بحكم التعليل فيهما معاً يوجب حمل المطلقات عـليها ، وأنّ المـقصود مـن نـفي الاعادة في هذه الأخبار جميعاً إنّما هو نفيها في حالة الاخلال بها نسياناً وإلّا يلزم إلغاء قيد النسيان والسهو الوارد فيها .

وقد يجاب عن الاول بأنّ الظاهر من عنوان العمد هو العلم ، فلا يشمل صورة الجهل . وقد يستشهد لذلك بما ورد في صحيح زرارة في الجهر في موضع الاخفات وبالعكس من نفس التعبير ، أي من فعل ذلك متعمّداً فـقد نـقض صـلاته وعـليه الاعادة ، فإن فعل ذلك ناسياً أو ساهياً أو لايدري فلا شـيء عـليه ، وقـد تـمت صلاته [١] مما يعني أنّ صورة عدم العلم والجهل مقابل للـعمد ، وكـذلك صـورة النسيان الشامل لنسيان الحكم مع الالتفات إلى ترك الموضوع .

هذا ، ولكن الصحيح أنّ العمد إذا اضيف إلى عنوان الفعل أو الترك فظاهره صدور ذلك الفعل أو الترك عنه بالالتفات والاختيار سواء كان حكمه معلوماً أم مجهولاً ،

---

(١) راجع : الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٦ من القراءة في الصلاة ، ح ١ و ٢ .

فالعلم بالعنوان شرط في تحقق العمدية دون العلم بالحكم . نعم ، لايصدق تـعمّد الحرام أو ترك الواجب إذا كان جاهلاً بالحكم ، وأما تـعمّد تـرك القـراءة مـثلاً أو الاخفات فيها فلا يتوقف صدقه على العلم بوجوبهما ، والحديث المذكور لايكون شاهداً على ارادة ذلك في سائر الموارد .

وقد يجاب عن مثل صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم بحمل العمد فيهما على مطلق مايقابل العذر ، وعن معتبرة منصور بن حازم بانكار المفهوم فيها ؛ لأن فرض النسيان جاء في كلام السائل ، فـيكون جـواب الامـام عليه السلام عـن خـصوص تـلك الفرضية ، فالشرطية مسوقة لبيان الموضوع المفروض في السؤال لا المفهوم .

ويرد عليه : أمّا بالنسبة إلى معتبرة منصور فبأنّ ظاهر جواب الامام بيان كبرى كلّية وقضية حقيقية ، فتكون الشرطية ظاهرة في المفهوم لا محالة .

هذا ، مضافاً إلى أنّه بالامكان تبديلها بمعتبرة علي بن جعفر : « . . . وإن كان نسي فلا بأس » [١] الوارد فيه الشرطية في كلام الامام عليه السلام .

وأمّا بالنسبة إلى عنوان العمد فبأن الحمل المذكور بحاجة إلى قرينة ودليل ، وإلّا كان ترك فعل عن التفات إليه عمدياً وإن لم يعلم حكمه وكان معذوراً في الترك ، ومن هنا يكون من أفطر بتخيّل دخول المغرب متعمّداً في إفطاره وإن كان معذوراً ، فيجب عليه القضاء .

والانصاف إنّ المستفاد من مجموع روايات الباب بحسب المتفاهم العرفي منها ومن التعبير فيها بأن القراءة أو ماعدا الأركان سنّة أو سنّة في الفريضة أنّ الاخلال غير العمدي بها بمعنى السهو عن الاتيان به أو نسيانه الشامل لصورة نسيان حكمه أو الجهل بمعنى عدم العلم والدراية به من دون تعمّد وتقصير في ذلك يكون معفوّاً عنه ، فكأنها تجعل الميزان أن لا يتعمد ترك السنّة ومخالفتها كما أنّها لا تـريد مـا

---

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٧ ، ب ٢٧ من القراءة في الصلاة ، ح ٥ .

يؤدّي إلى المنع عن لزوم تعلّمها بحيث تشمل الجهل عن تقصير ، فإنّ هذا خارج عن مساقها وما فرض فيها من المفروغية عن ثبوت أصل الجزئية ولزوم الاتـيان بالسنة كالفريضة .

وعليه فلا إطلاق لحديث « لاتعاد » لصورة الجهل عن تقصير بملاحظة مجموع الروايات والتعابير فيها ، كما لا إطلاق للتعبير بالترك العمدي في هـذه الروايـات للجاهل بالحكم الملتفت إلى ترك الفعل والمـوضوع إذا كـان مـعذوراً ولا يـدري بالحكم .

وقد يشهد له صحيح زرارة المتقدم حيث عطف عدم العلم والدراية على النسيان والسهو ، بل عطف النسيان على السهو أيضاً في جملة من الروايات مما يعني أنه لاخصوصية للنسيان أو السهو . ومنه يعرف عدم صحة التقريب الثاني المتقدم من لزوم حمل المطلق على المقيد ؛ فإنّ ذكر السهو والنسيان خصوصاً بقرينة المقابلة بينها وبين التعمّد يناسب ماذكر لا الموضوعية .

وقد يؤيد أو يشهد على ماذكرناه أيضاً ماورد في صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه‌السلام : « إنّ الله فرض من الصلاة الركوع والسجود ، ألا ترى لو أنّ رجلاً دخل في الاسلام لا يحسن أن يقرأ القرآن أجزأه أن يكبّر ويسبّح ويصلّي » (١) .

فإنّ لسان هذه الرواية نفس لسان صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم ـ الطائفة الثانية من أخبار الباب ـ من حيث الدلالة على أنّ الركن المفروض من قبل الله في الصلاة إنّما هو الركوع والسجود وسائر الاجزاء سنّة في الفريضة ، ومن هنا كـان الاخلال بها لعذر غير قادح في صحة الصلاة . وموردها وإن كان الجاهل بالقراءة بنحو يوجب عجزه عن الاتيان بها إلّا أنّ المستفاد منها بقرينة الصدر الوارد في سائر روايات القاعدة أيضاً وبحسب السياق إعطاء القاعدة الكـلية ، وهـي عـدم قـدح

(١) الوسائل ٤ : ٧٣٥ ، ب ٣ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

الاخلال بغير ما فرضه الله إذا كان عن عذر ، فتكون الرواية بنفسها من أدلّة قاعدة « لاتعاد » في الاجزاء إذا ضممناها إلى سائر روايات القاعدة ، فهذا الوجه لا ينفي شمول القاعدة لحالات الجهل بالحكم لا عن تقصير .

الوجه الرابـع : ماذكره الميرزا ﷺ في وجه اختصاص القاعدة بـصورة السـهو والنسيان وعدم شمولها لصورة الجهل ، وقد اختلفت تعبيرات الاصحاب في تقرير مقصوده ، ومن هنا فنحن نحتمل في كلامه احتمالين ، فهذا الوجه يـمكن تـقريره بأحد بيانين :

البيان الأول :

إنّ القاعدة باعتبار نفيها للاعادة تكون ظاهرة في النظر إلى المورد الذي يكون الأمر فيه ـ لولا القاعدة ـ متعلّقاً بإعادة الصلاة ، وهذا لايكون إلّا بعد فرض سقوط الأمر الأول عن المكلّف ، والّا كان بنفسه مقتضياً للامتثال بلا نشوء أمر بـالاعادة وفي موارد الجهل كالعمد حيث يكون التكليف بالاكثر فعلياً ، فيجب عليه الاكثر بالأمر الاول وبعنوانه ، لا بعنوان الاعادة فإنّها لازم عقلي لبقاء الأمر ، فلا موضوع للأمر بالاعادة فيه لنفيها بالقاعدة ، وهذا بخلاف موارد النسيان والسهو حيث لايعقل الأمر فيها بالفعل المنسي ، فإذا كان له أمر باعتبار دخل الجزء المنسي في الفرض كان لا محالة أمراً بالاعادة .

وفيـــه :

أولاً : لا نسلّم ظهور القاعدة في إرادة نفي الأمر بالاعادة بعنوانها أي تأسيساً ، بل مقتضى إطلاقها نفي الاعادة مطلقاً سواء كان من جهة أمر تأسيسي بها أو من جهة بقاء الأمر الأول المستلزم لصدق الاعادة على الامتثال ، بل الأمـر الجـديد أيـضاً لايلزم أن يكون بعنوان الاعادة ؛ إذ يمكن أن يكون بعنوان الأكثر ، فالقاعدة تنفي لزوم الاعادة سواء كان من جهة بقاء الأمر الاول بالاكثر أو من جهة أمر جديد به ، ولازمه ارتفاع الجزئية والشرطية في الحالتين .

هذا ، مضافاً إلى أنّ نفي الاعادة ابتداءً إرشاد إلى نفي الجزئية والشرطية لا نفي الأمر ، والجزئية أو الشرطية إطلاقها لموارد الجهل والنسيان على حدّ واحد .

وثانياً : إنّ الأمر بالاعادة تأسيساً لامعنى له في نفسه حتى في موارد النسيان والتعذّر ، وإنّما هو إرشاد إلى بقاء الأمر الأول وعدم سقوطه ، أمّا إذا قلنا بأنّ النسيان غير رافع للتكليف واقعاً وأنّ حاله حال الجهل المركّب كما هو الصحيح فواضح ، وأمّا على القول الآخر فأيضاً كذلك ؛ لأنّ متعلّق التكليف إنّما هو جامع الفعل بين الحدّين ، وهو مقدور للمكلّف وإن فرض طرو النسيان أو العجز في جزء الوقت ، لأنّ القدرة على بعض أفراد الجامع قدرة على الجامع من غير فـرق بـين الافـراد الطولية أو العرضية ، كما أنّ التكليف بالجامع بـين الأفـراد الطـولية يـعقل فـعليته وتوجهه إلى المكلّف من أول الأمر كما في الواجب المعلّق ، نعم لو قيل باستحالة الواجب المعلّق فلابدّ من سقوط التكليف في زمان العجز ثم نشوئه بـعد ارتـفاع العذر ، ولكنه لاموجب له كما هو مقرّر في الأُصول .

البيان الثاني :

إنّ أدلّة الجزئية والشرطية كما لها إطلاق لموارد العمد والقدرة كذلك لها إطلاق لموارد العجز والتعذّر ، غاية الأمر إطلاقها الأول يثبت تعلّق الأمر بذلك الجزء أو الشرط وفعلية الأمر بالاكثر عليه ، بينما الاطلاق الثاني يثبت سقوط الأمر بأصل الفعل وعدم وجوبه حتى ضمن الأقل على المكلّف ، وإنّما قد يجب عليه عـندئذٍ الاعادة أو القضاء بعد ارتفاع العذر ، وقاعدة « لاتعاد » ناظرة إلى الاطلاق الثاني في أدلّة الاجزاء والشرائط لا الاطلاق الأول ، فهي تدل عـلى عـدم دخـل الجـزء أو الشرط المتعذّر أو المنسي في هذا الحال ، وأنّ الأقل صحيح ووافٍ بالغرض .

والوجه في دعوى الميرزا ﷺ اختصاص القاعدة بتقييد الاطلاق الثاني في أدلّة الجزئية والشرطية إمّا يكون باعتبار أنّ لسان القاعدة وإن كان بعنوان نفي الاعادة إلّا أنّ هذا إرشاد إلى رفع الجزئية باعتبار لزوم ثبوتها للاعـادة ، فـيكون مـن قـبيل

الكنايات التي يطلق فيها اسم المسبّب ويراد به السبب ، وهذا إنّما يصح إذا كان المسبّب معلولاً مباشراً لذلك السبب ، وهذا إنّما يكون في مورد الاطلاق الثاني لدليل الجزئية لا الأول ، أي في مورد لا يكون إطلاق الأمر بالجزء فعلياً وإلّا كانت الاعادة فيه من جهة عدم الامتثال المستلزم لبقاء الأمر الأول ، وليس مسبّباً مباشرة من إطلاق الجزئية .

وإن شئت قلت : إنّ العلّة والسبب التام للاعادة في مورد الاطلاق الأول مجموع أمرين : إطلاق الجزئية وعدم الامتثال ؛ لأن المفروض القدرة على الامتثال فيه ، فإطلاق الجزئية فيه ليس إلّا جزء السبب ، فلا يكون مساوقاً مع الاعادة وسبباً تاماً لها ليصح إطلاق اسم المسبّب وإرادة السبب إثباتاً أو نفياً ، وهذا بخلاف موارد النسيان والعذر ، فإنّ الاعادة فيها مسبّب من إطلاق الجزئية مستقلاً بلا حاجة إلى ضميمة لعدم التمكن من الاتيان بالاكثر وعدم الأمر به ، فتكون الجزئية أو الشرطية وحدها سبباً تاماً للاعادة ، فيمكن إرادة نفيها بلسان نفي مسبّبها المباشر .

أو يكون الوجه في الاختصاص أنّ أدلّة القاعدة حيث تفترض بنفسها الأمر بالاجزاء غير الركنية واعتبارها في الصلاة ولو بعنوان كونها سنّة ، فلا يمكن أن يكون النظر فيها إلى نفي الجزئية في مورد فعلية الأمر بها وإمكان امتثالها ؛ لأنّها تفترض ذلك وتأمر به ، فكيف تنفيه ؟ ! وهل هذا إلّا شبه تناقض عرفاً ؟ ! فلابدّ وأن يكون نظرها مصروفاً إلى نفي الجزئية في مورد لو ثبتت لسقط الأمر بأصل العمل وهو مورد النسيان والعذر حيث يدور الأمر فيه بين سقوط أصل التكليف أو الاكتفاء بالأقل لوفائه بالملاك وعدم دخل المنسي فيه في هذا الحال ، فتكون القاعدة مثبتة لذلك من دون مناقضة مع كون ذلك الجزء أو الشرط واجباً لابدّ من الاتيان به في حالات التمكّن .

وهكذا تكون القاعدة مقيدة لاطلاق الجزئية أو الشرطية لحالات العذر وعدم الأمر باتيانها بحيث تكون نتيجة الاطلاق المذكور سقوط أصل الواجب ، لا إطلاقها

لحالات عدم العذر وإمكان الأمر بالجزء أو الشرط ، والذي تكون نـتيجته فـعلية التكليف بهما .

ويـرد عليـه :

أولاً : ماتقدم من أنّه مبني على القول بسقوط التكليف بالجزء المنسي في حال النسيان مع أنّه ممنوع إمّا مطلقاً كما هو الصحيح ، أو في خصوص موارد ارتـفاع العذر في أثناء الوقت ؛ لأن الواجب إنّما هو الجامع بين الافراد الطولية ، وهو مقدور للمكلّف ، ولا يشترط في تكليفه بالجامع إمكان تمام الافراد في حقه ، مـن دون فرق في ذلك بين الافراد الطولية في عمود الزمان أو العرضية في زمان واحد ، فإذا كان المكلّف غير قادر على فعل في أول الوقت ولكنه ارتفع عذره في أثنائه كان مكلّفاً بالفريضة من أول الأمر ، لا أنه يكلَّف به بعد ارتفاع العـذر ، فـلا مـوضوع لأصل هذا التفصيل بين الاطلاقين في المقام .

وثانياً : لو سلّمنا ذلك مع ذلك لا وجه لدعوى اختصاص القاعدة بنفي الاطلاق الثاني لأدلّة الجزئية ؛ للمنع عن كلتا الدعويين المتقدمتين ، حيث إنّ نفي الاعـادة إرشاد إلى نفي منشأها الشرعي ، وهو إطلاق الجزئية والشرطية كلّما كانت الاعادة مستندة إليه ، وهذا يكون في المورد الذي قد أتى المكلّف بالفعل ناقصاً ، فـأصل الامتثال متحقق منه ، فلا محالة تكون الاعادة مستندة إلى إطلاق الجزئية والشرطية في حقه ، فهذا هو مصحح الارشادية أو الكناية المذكورة ، وهي محفوظة في حالتي السهو والجهل على حدّ سواء .

وما قيل من أنّ الاعادة مترتّبة على إطلاق الجزئية لحالات النسـيان أو العـذر وحده بخلاف حالات العمد والجهل فغير تام ؛ إذ الاعادة في كلتا الحالتين مترتّبة على إطلاق الجزئية وعدم الاتيان بالجزء ، غاية الأمر ، هذا متحقق في حـالات العذر قهراً وبلا اختيار ، بخلافه في حالات الجهل ؛ فإنّه متحقق بـالاختيار ، ثـم ليعلم أنّ صدق الاعادة متوقف على ضمّ شيء آخر أيضاً في الحالتين ، وهو الإتيان

بالأقل ، وإلّا لم يكن أمر بالاعادة ولم يكن الاتيان بالأكثر بعد ارتفاع الجهل أو النسيان يسمى إعادة ، فالمصحح لاطلاق الاعادة إثباتاً ونفياً وإرادة سببها وهو الجزئية ، تحقق الأقل دون الأكثر حيث يكون سبب الاعادة عندئذٍ إطلاق الجزئية ، فيمكن أن تنفى بلسان نفي الاعادة ، وهذا نسبته إلى حالات النسيان والجهل بل والعمد أيضاً على حدّ واحد .

كما أنّ ما ذكر من لزوم التناقض عرفاً من إطلاق القاعدة لموارد فعلية الأمر بالجزء أو الشرط التي تدل القاعدة بنفسها على فعلية الأمر فيها وثبوت الجزئية ممنوع ؛ فإنّ ما تفترضه القاعدة ليس بأكثر من ثبوت الجزئية في الجملة لنفي إطلاقها لتمام الحالات حتى حالات التوجّه إلى العمل بعد الاتيان به بانياً على الصحة ، فالحاصل فرض الصحيحة للجزئية في غير الخمسة ولو من باب السنّة فرض لها في الجملة من أجل تحديدها وتقييدها بحالات العمد وما يلحق به ، وليس في هذا أي تناقض لا عقلاً ولا عرفاً .

نعم ، هذا التناقض العرفي قد يدّعى على القول باطلاق القاعدة لموارد الجهل ، بمعنى التردّد وتنجّز الواقع ، والذي تقدم إلحاقها بصورة العلم والعمد .

الوجه الخامس : ما ذكره بعض أساتذتنا العظام ﵏ من أنّ القاعدة في نفسها وإن كانت مطلقة وشاملة لصورتي الجهل والنسيان معاً ، ولكنه لابدّ من تقييد إطلاقها وإخراج خصوص صورة الاخلال بالجهل عن تقصير عنها ؛ وذلك لدليلين :

١ ـ الاجماع القطعي القائم على إلحاق المقصر بالعامد والمؤيّد بإطلاق ما ورد في أخبار التعلّم من أنّه يقال للعبد يوم القيامة هلّا عملت ؟ فيقول : ما علمت ، فيقال : هلّا تعلّمت ؟ [١] .

٢ ـ إنّ عدم إخراج صورة الجهل عن تقصير يستلزم لغوية أدلّة اعتبار الاجزاء

---

(١) انظر : أمالي الطوسي : ٩ ، المجلس الأوّل ، ح ١٠ .

والشرائط غير الركنية وما فيها من الأمر بالاعادة ؛ لندرة صورة الترك والاخلال عن علم وعمد .

وكلا الوجهين قابل للمناقشة ؛ إذ تحصيل الاجماع التعبّدي في مثل هذه المسألة التي فيها روايات مختلف في تفسيرها مشكل ، ولو فرض فقدره المتيقن الجاهل المتردّد الذي يكون محكوماً عليه بالاحتياط حين العمل كما ذكرنا ، لا من كـان يبني على صحة عمله ولو لجهله وعدم تعلّمه ، كما أنّ إطلاق أخبار التعلّم فرع تنجّز التكليف نتيجة جهله ، وهو فرع عدم الاطلاق في دليل القاعدة لحالات الجهل وإلّا كان بنفسه دليلاً على شرطية العلم بالجزئية في فعليتها ، فمع عـدمه لا مـوضوع للتكليف والتنجّز والتقصير ، وهذا يعني أنّ إطلاق تلك الاخبار يستحيل أن يكون مقيداً للقاعدة ومانعاً عنها للزوم الدور ، بل الأمر بالعكس ؛ فإنّ إطلاق القاعدة وارد عليها ورافع لموضوعها .

نعم ، لو فرض ورود الأمر بالتعلّم في مورد الاجزاء والشـرائـط غـير الركـنية للصلاة فقد يشكل دلالة الاقتضاء على لزوم تعلّمها حتى في حال الجهل ، ولكن تلك الاخبار واردة بشكل عام في التكاليف الشرعية كما هو واضح .

كما أنّ الوجه الثاني وهو دعوى ندرة الاخلال عن علم وعمد يرد عليه :

أولاً : منع الصغرى لكثرة موارد الاخلال العمدي لعجلة ونحوها خصوصاً بناءً على ماتقدم من أنّ موارد الجهل والتردد المنجّز شرعاً أو عقلاً ملحقة بالعلم والعمد .

وثانياً : لو فرض فلا يمنع عن التمسك بإطلاق القاعدة وتقييد دليل الجزئية ؛ لأنّها تكشف عن شرطية العلم بالمخالفة في جـزئيتها ، وليس مـثل هـذا التـقييد مستهجناً ولا بعزيز في أدلّة الاجزاء والشرائط المـبينة لـلحكم الوضـعي ، وليس الميزان في استهجان التقييد قلّة أفراد المقيد في الخارج بل معقولية ذلك التـقييد ، وهذا في باب الجزئية والشرطية ونحوها من الاحكام الوضعية لا استهجان فـيه ؛ لأنّ مقتضى الجمع بين الدليلين عندئذٍ شرطية العلم في الجزئية والشرطية .

وإن شئت قلت : إنّ ندرة الافراد قد يفرض مانعاً في باب الاوامر التكليفية التي يكون المراد منها البعث والتحريك نحو العمل ، لا في باب الاحكام الوضعية التي لها إطلاق حتى لموارد التعذّر والعجز .

وثالثاً : لو سلّم عدم إمكان تقييد دليل الجزئية بصورة الترك العمدي ـ أي عن علم ـ فهذا يوجب وقوع التعارض بين القاعدة وأدلّة الجزئية ؛ لأنها تستلزم الغاءها ، والحاكم المستلزم لإلغاء المحكوم معارض معه ، وعندئذٍ لاوجه لتقديم دليل القاعدة على دليل الجزئية حتى في صورة النسيان أو الجهل القصوري ، بل لابدّ إما من تقديم دليل الجزئية على القاعدة لو قيل بعدم شموله لحالات النسيان ، فتختص القاعدة بصورة النسيان فقط ، أو لزوم التعارض والتساقط والرجوع في غير مورد العلم بالجزئية إلى الأصل المؤمّن ، وأما تقييد دليل الجزئية بغير صورة الجهل القصوري والنسيان وتقييد دليل القاعدة بغير صورة الجهل التقصيري ، فهذا يكون من قبيل الجمع التبرعّي بين الدليلين المتعارضين ، ومجرّد كون أحدهما حاكماً على الآخر بحسب لسانه لايصحح الجمع التبرّعي بينهما إذا فرض التعارض بينهما ؛ لكون الحاكم يوجب إلغاء المحكوم ، وهذا واضح .

نعم ، لو كان المقصود المنع عن إطلاق دليل القاعدة لموارد الجهل عن تقصير بعد فرض ظهورها في عدم إلغاء أصل الجزئية رأساً لم يرد هذا الاشكال .

وأوضح بطلاناً من الوجهين ماذكره بعض الباحثين للقاعدة من أنّ إطلاقها لموارد التقصير يوجب التعجيز أو التفويت للمصلحة على المكلّف ، وهو قبيح .

هذا بناءً على استفادة العزيمة من نفي الاعادة ، وإلّا بأن استفدنا الرخصة لزم التخيير بين الاجتزاء بالناقص مع رضاه بالعقاب وبين الاعادة فراراً عن المؤاخذة ، وهو تخيير مستهجن للغاية ، بل ليس تخييراً ، وإنّما هو أمر بالاعادة ، وهو خلف مفاد القاعدة [١] .

---

(١) انظر : حديث «لا تعاد» بقلم محمّد هادي معرفة : ٤٣ ـ ٤٤ .

فإنّه يـرد عليه :

أولاً : قد عرفت أنّه لو فرض إطلاق الحديث لحالة الجـهل كـان مـعناه تـقييد الجزئية بصورة العلم بها ، فلا موضوع للتقصير والعقوبة كسائر الشرائط المشروطة بالعلم ؛ لأن ظاهر القاعدة تقييد أدلّة الجزئية بالملاك الأول من الملاكين المتقدمين في المقدمة .

وثانياً : لو افترضنا أنّ مفادها نفي الاعادة الأعم من كونه بملاك تقييد الجزئية أو عدم إمكان استيفاء تمام الملاك ، فهذا التفويت ناشئ من المكلّف نفسه في حـالة تقصيره ، وهو معذور في حالة قصوره ، وأيّ محذور في ذلك ثـبوتاً أو إثـباتاً ؟ ! كيف ! وقد حكم المشهور بذلك في الجهر والتمام .

ودعوى أنّه خلاف الامتنان مدفوعة بأنّ الامتنان في نفي الاعادة عليه بـعد أن فرض عدم إمكان استيفاء الملاك بسوء اختياره ، وهذا واضح ، على أنّ الامـتنان أساساً يناسب الملاك الاول لا الثاني كما لايخفى .

وثالثاً : لا ربط لمسألة العزيمة والرخصة بالمقام ، بل المسألة مربوطة بتشخيص ملاك نفي الاعادة كما ذكرنا ، فلو كان بالملاك الأول فلا موضوع للتقصير والعقوبة ، ولو كان بالملاك الثاني فالمكلّف معاقب على تركه للجزء جهلاً بسوء اختياره رغم عدم وجوب الاعادة عليه ، والرخصة في الاعـادة ليست بـمعنى اسـتيفائه لتـمام الملاك لكي يلزم منه ارتفاع العقوبة كما توهم ، وإنّما تعني مشروعية الاعادة رغم عدم استيفائها للملاك الفائت بتمامه ، كما أنّ القاعدة لا دلالة لها لا على الرخصة ولا العزيمة ؛ لما تقدّم من أنّها تدلّ على الارشاد إلى تقييد إطلاق الجزئية والشرطية وتخصيصها بحالات العمد . وأمّا مشروعية الاعادة مع صحة الصـلاة المـأتي بـها فبحاجة إلى دليل آخر ، فحال هذه القاعدة حال سائر أدلّة الاجزاء والشرائط إثباتاً أو نفياً .

وهكذا يتّضح أنّ الصحيح ماتقدم في التعليق على الوجه الثالث من أنّ المستفاد

من ملاحظة مجموع روايات الباب اختصاص القاعدة بموارد العذر في ترك الجزء غير الركني ، سواء كان لنسيان أو سهو أو جهل بالموضوع أو الحكم بنحو يكون معذوراً ، فلا يشمل الجاهل المقصّر بترك تعلّم الصلاة وأحكامها .

الجهة الثانية :

في شمول القاعدة للاخلال بغير الاجزاء والشرائط بعد وضوح شمولها لهما قطعاً ولو من جهة كون الخمسة المذكورة بعضها من الاجزاء وبعضها من الشرائط ، فالبحث في غيرها كالاخلال بالزيادة أو بأحد الموانع الأُخرى ، وهي ما اعتبر وجوده مانعاً عن صحة الصلاة ، أو الاخلال بشرائط الاجزاء ـ كشرائط الركوع والسجود ـ أو بالقواطع ، أمّا الزيادة فالبحث عنها مبني على فرض قادحية الزيادة وإبطالها للصلاة المستفادة إمّا من بعض الاحاديث الدالّة على أنّ « من زاد في صلاته فعليه الاعادة » ـ كما في موثقة أبي بصير ـ أو المستفادة من نفس الاخبار البيانية المحدّدة للاجزاء والشرائط ؛ فإنّه قد تتشكل فيها دلالة عرفية مقامية على لزومها بحدّها وعدم صحة الاضافة عليها كما في الركوع والسجدتين ، فإنّ دليل لزوم ركوع واحد وسجدتين في كل ركعة قد يقال بدلالتها على مانعية الزيادة على ذلك وإلّا لم يكن وجه للتحديد المذكور .

وعلى كل حال البحث هنا حول عموم القاعدة للموانع بمعنى شمول إطلاق المستثنى منه لها كالزيادة في المورد الذي يثبت دليل على قادحيتها ، فيكون مقتضاها عدم إعادة الصلاة من الزيادة في أجزائها مطلقاً إلّا ما ثبت بدليل آخر خروجه عنه ، كما في زيادة الركعة أو الركوع أو مجموع سجدتين من ركعة على ما سوف يأتي الحديث عنه .

فقد يقال بعدم شمول القاعدة للخلل من ناحية الزيادة وغيرها من الموانع أصلاً حتى في غير الأركان ؛ لظهورها في نفي الاعادة من ناحية نقصان جزء أو شرط معتبر في الصلاة ، لأنها ذكرت ما فرضه الله سبحانه في الصلاة وما هو سنّة فرضه

النبي ﷺ ، فهي تنظر إلى الاتيان بالامور اللازمة في الصلاة والخلل الحاصل من عدم الاتيان ببعضها ؛ ولهذا فرّع في بعض الروايات على ذلك بقوله عليه‌السلام : « فمن ترك القراءة متعمّداً أعاد الصلاة ، ومن نسي فلا شيء عليه » [(١)] فالمقدّر هو الشيء الذي أخلّ به المكلّف ، فلم يأت به ، فلا يشمل الاخلال الناشئ من الاتيان بالزيادة أو أي مانع آخر .

وقد يقال بالاطلاق وشمول الخلل من ناحية الزيادة والنقيصة معاً ؛ لأنّ المقدّر في القاعدة مطلق الخلل ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة من الخلل الواقع فيها إلّا من ناحية الاخلال بأحد الخمسة ؛ إمّا لاستظهار ذلك ابتداءً أو بالاطلاق بملاك أنّ حذف المتعلّق يفيد العموم .

وقد يفصّل بين زيادة أحد الخمسة ـ والمعقول فيه الزيادة منها خصوص الركوع والسجود ـ وبين الزيادة في غيرها ، فالأول مشمول لعقد المستثنى في الحديث لا المستثنى منه ، بل قد يجعل إطلاق المستثنى دالّاً على مبطلية الزيادة في الأركان أيضاً كالأدلّة الخاصة الدالّة على ذلك ، إلّا أنّه متوقف على كون الحديث في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى أيضاً ، والثاني مشمول للقاعدة ، لأنّنا إذا استظهرنا أنّ المقدّر هو مطلق الخلل من ناحية الأجزاء والشرائط فما يكون منه مربوطاً بالاركان الخمسة يدخل في عقد المستثنى الذي تعاد الصلاة منه بخلاف مايكون داخلاً في عقد المستثنى منه ، والمقدّر في العقدين لابدّ وأن يكون أمراً واحداً ، فإذا كان مطلق الاخلال حتى بالزيادة فكذلك في المستثنى أيضاً .

وقد يقال بالاجمال وعدم تعيّن أن يكون المقدّر الشيء أو مطلق الخلل ، والاطلاق بملاك حذف المتعلّق ممنوع كبرى على ماحققناه في محلّه ؛ لأنّ الاطلاق ينفي أخذ القيد مع المفهوم ولا يعيّن ماهو المفهوم المأخوذ في موضوع

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٧ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

الحكم ، بل بالاطلاق لايمكن إثبات التعميم للشروط أيضاً لولا كون بعض الخمسة من الشروط كالطهور والوقت والقبلة ، ومن هنا يقتصر على الاخلال بالاجزاء والشروط فقط . بل قد يقال بأنّ الاطلاق في المقام غير معقول ؛ لأنّ عقد المستثنى أُضيف فيه الاعادة إلى نفس الخمس ، فقيل : لاتعاد إلّا من خمسة ، فيكون المستثنى منه أيضاً نفي الاعادة من غير الخمس ، ومقتضى الأصل عدم التقدير وعدم أخذ مفهوم اسمي زائد على نفس الخمس وغيرها من الاجزاء ، بل لابدّ وأن يؤخذ الوجود الذي هو مفهوم حرفي كما هو ظاهر هذه التراكيب أو العدم إذا لم يمكن أخذ الوجود كما في المقام حيث لا معنى لفرض الاعادة من الخمس بمعنى وجودها ، وحيث لا جامع بين الوجود والعدم ، فيتعيّن إرادة العدم بنحو المعنى الحرفي ، فتختص القاعدة بالنقيصة .

والتحقيق شمول القاعدة للاخلال بكل ماهو معتبر في الصلاة سواء كان من قبل النقيصة أو من قبل الزيادة وسواء سمّي المعتبر جزءً أو شرطاً أو عدم مانع ، وذلك مايمكن تقريبه بأحد بيانات :

البيان الأوّل :

دعوى الفهم العرفي بحسب المناسبات وإلغاء العرف لكيفية الاعتبار وصيغته الوضعية ودخلها في مثل هذا الحكم ؛ لأنّ المهم بحسب نظره إتيان الوظيفة وتفريغ الذمة من ناحية الصلاة المأمور بها ، فيكون تمام همه ونظره عدم الاخلال بما هو معتبر فيها ، وهذا يجعل المتفاهم من « لاتعاد » نفي الاعادة من ناحية الاخلال بكل ماهو معتبر في الصلاة غير الأركان الخمسة ، وهذا يعني أنّ المقدّر مطلق الخلل فيما يعتبر في الصلاة ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة من الخلل فيما يعتبر فيها إلّا إذا كان الخلل في أحد الخمسة أو يكون التقدير كل مايوجب الاعادة ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة مما يوجب الاعادة والبطلان إلّا مايوجب بطلان أحد الخمسة ، وليس المقدّر الترك ولا العدم ولا الوجود فضلاً عن مفهوم الجزء والشرط .

البيان الثاني :

إنّ مفاد القاعدة المطابقي وإن كان هو نفي الاعادة إلّا أنّ ذلك كناية أو إرشاد إلى مدلول آخر تصوري أو تصديقي على الأقل هو المقصود بالافهام عرفاً ، وهو صحة العمل المأتي به إذا كان تاماً من ناحية الأركان الخمسة ، وهذا لازمه العقلي انتفاء الجزئية أو الشرطية أو المانعية لسائر الاجـزاء ، وهـذا يـعني أنّ المـقدّر بـحسب المدلول التصوري والاستعمالي للفظ وإن كان عبارة عن مـفهوم الشـيء ـ لكـون الاستثناء مفرَّغاً بحاجة إلى تقدير ـ إلّا أنّ ذلك كناية وإرشاد إلى صحة العمل المأتي به إذا كان حافظاً للاركان الخمسة ، فلا نحتاج إلى إجراء الاطلاق في مفهوم الشيء وإرادة الجزئية منها تارة أو هي مع الشرطية اخرى أو هما مع المانعية ثالثة ليقال بأن الاطلاق لايمكن أن يفي بذلك ، وإنّما الاطلاق نجريه في المدلول الآخـر ، وهـو صحة العمل المحفوظ فيه الأركان الخمسة ؛ لأنه المقصود التـصديقي الكـنائي أو الارشادي من الكلام بحسب الحقيقة ، ومقتضى إطلاقه نفي كل مايعتبر في الصلاة لامحالة سواء كان جزءً أو شرطاً أو عدم مانع ، وأمّا المقدّر في المدلول التصوري الأولي فليس إلّا مفهوم الشيء ، وبهذا لايكون هناك تـقدير بـالدقة فـي مـجرى الاطلاق .

البيان الثالث :

إننا ذكرنا فيما سبق بأنّ القاعدة معلَّلة في أكثر رواياتها بأنّ غير الخمسة إنّما لا تعاد الصلاة منها ؛ لكونها سنّة وليست بفرض الله بخلاف الخمسة ، وهذا يعني أنّ الميزان في الاعادة وعدمها كون الخلل فرضاً أو غير فرض ، فما لايكون فـرضاً سواء كان اعتباره بنحو الجزئية أو الشرطية أو عدم المانع مشمول لنكتة هذا التعليل وعمومه حتى لو فرض اجمال عنوان « لاتعاد » أو عدم شموله له ، فإنّ العلّة تعمّم الحكم لأوسع من مورد التعليل .

وهكذا بأحد هذه البيانات الثلاثة يتضح أنّه لاينبغي التشكيك في عموم القاعدة

للاخلال بترك جزء أو شرط أو بزيادة ما يكون مانعاً ، أي عمومه للاجزاء والشرائط والموانع ومنها الزيادة .

هذا كله مضافاً إلى أن المانعية ترجع إلى شرطية العدم ، فإن استفيد من ذكر بعض الشروط في عقد المستثنى شمول القاعدة للاخلال بنقصانها مطلقاً وبلا احتمال فرق بين شرط وشرط ، رجع الاخلال بفعل المانع إلى الاخلال بنقصان الشرط دائماً ، نعم لو كان منشأ توهم الاختصاص أخذ مفهوم الترك أو النقصان المضاف إلى الاجزاء والشرائط الوجودية في التقدير فقد لا يشمل المستثنى منه للاخلال بالزيادة إلّا أن هذا التقدير لا موجب له كما عرفت .

ومما ذكرنا ظهر وجه الضعف فيما ذكره البعض من أنّ عدم ذكر غير الاجزاء والشرائط في الخمسة المستثناة وكذلك في التعليل الوارد في ذيل القاعدة ، قرينة على عدم شمول المستثنى منه للزيادة وللموانع الاخرى للزوم كون المستثنى من سنخ المستثنى منه وإلّا كان منقطعاً وهو خلاف الظاهر .

فإنّه يرد عليه :

أولاً : أنّ الانقطاع إنّما يحصل لو كان المستثنى منه غير شامل للمستثنى ، لا ما إذا كان عنواناً عاماً شاملاً له ولغيره ، وهو عنوان كل ما يعتبر في الصلاة سواء كان جزءً أو شرطاً أو عدم مانع ، وهذا واضح ، ولعل المستدلّ تصورَ أنّ المقدّر مفهوم الجزئية والشرطية ، وهو واضح الفساد ، كيف ! وهذه انتزاعات عقلية وليست شرعية أصلاً ، وإنّما الشرعي الأمر بالاجزاء والقيود سواء كانت وجودية أو عدمية .

وثانياً : ما عرفت من أنّ هذا اللسان كناية أو إرشاد إلى صحة الصلاة المأتي بها والمحفوظ فيها الأركان الخمسة التي فرضها الله تعالى ، ولازم إطلاق ذلك نفي كل أمر آخر معتبر في الصلاة في حال السهو ، ومجرّد ذكر التشهد أو القراءة أو التكبير ـ وظاهره التكبير المستحب لا الواجب كما ذكرنا سابقاً ـ كأمثلة لايكون دليلاً على الاختصاص بذلك ، وهذا واضح .

ثم إنّ الزيادة للاركان هل تكون داخلة في عقد المستثنى منه أو المستثنى أو غير داخل في شيء منهما ؟ وجوه :

ذكر بعض الأعلام أنّ المقدّر إذا كان خصوص الاخلال بالنقيصة فـلا تـدخل الزيادة للاركان وغيرها لا في عقد المستثنى ولا المستثنى منه ، وإن كان المقدّر هو الاخلال بالنقيصة أو الزيادة في طرف المستثنى منه فقط دون المستثنى ، حيث قد يستظهر منه أن الصلاة تعاد من عدم حفظ أحـد الخـمسة ونـقصانها لا زيـادتها ، فيدخل ذلك في عقد المستثنى منه ، ومعه تكون القاعدة دالّة على نفي الاعادة منها لولا الأدلّة الخاصة ، إلّا أن هذا التفكيك بلا موجب ؛ فإنّه إذا كان المـقدّر مـطلق الاخلال في طرف المستثنى منه كان هو المقدّر في طرف المستثنى أيضاً ، فتكون الزيادة في الأركان مشمولة لعقد المستثنى دون المستثنى مـنه ، فـتجب الاعـادة منها [١] .

وهذا الكلام غير تام ؛ فإنّ المقدّر في عقد المستثنى منه ليس عنوان النـقيصة والزيادة المضافين إلى ذوات الاجزاء غير الركنية ، بل المقدّر ـ على تقدير القـول به ـ مطلق الاخلال بما يعتبر في الصلاة أو مطلق مايوجب الاعادة ، فزيادة الجزء إخلالها ليس من ناحية الاخلال بذلك الجزء المعتبر فيها ، بل من نـاحية إخـلال الزيادة بأصل الصلاة وأخذ عدمها قيداً فيها ، وهكذا الحال بالنسبة إلى زيادة الركن ؛ فإنّها مخلّة بالصلاة لابذلك الركن من دون أن يلزم عدم تطابق المقدّر فـي طـرف المستثنى والمستثنى منه ليقال بأنّه خلاف الظاهر .

هذا لو فرض أخذ التقدير في المدلول التصديقي ، وأمّا بناءً على البيان المتقدم منّا فالأمر أوضح حيث يكون مفاد القاعدة أنّه كلّما حـفظت الصـلاة مـن نـاحية الأركان بأن جاء المكلّف بما فرضه الله ولم يخلّ بها فالصلاة صحيحة ، وهذا لازمه

---

(١) انظر : مستند العروة الوثقى (للسيد الخوئي) ٦ : ٥١ .

نفي قادحية كل خلل آخر مأخوذ عدمه في الصلاة ، ومنها الزيادة سواء كانت من الاجزاء الركنية أو غير الركنية أو من غيرها .

ومما ذكرنا ظهر أنّ هذه النقطة غير مربوطة بكون القاعدة في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ؛ فإنها حتى إذا كانت في مقام البيان ، فهي في مقام البيان من ناحية لزوم إعادة الصلاة إذا وقع إخلال بالركن المأمور به لا إخلال بالصلاة من ناحية الزيادة فيها المأخوذ عدمها شرطاً في صحتها ، فإنّ هذا داخل في عقد المستثنى كسائر مايعتبر عدمه شرطاً في صحتها .

نعم ، لو كان المدّعى تقدير مفهومي النقيصة والزيادة في طرفي المستثنى والمستثنى منه كان مقتضى إطلاق المستثنى مبطلية زيادة الركوع والسجود ، إلّا أنّ هذا بلا موجب ، ومجرّد كون الاستثناء مفرغاً لايقتضي ذلك ، كما انّ تقدير الوجود أو العدم المضافين إلى ذوات الخمسة بلا إضافة أي مفهوم اسمي إليه يستوجب أن يكون المقدَّر إمّا العدم أو الوجود ؛ لاستحالة الجمع بينهما معاً بلا ضمّ مفهوم آخر ، وحيث إنّ الاخلال بالعدم مندرج ومشمول للقاعدة فلا يكون لها إطلاق لأصل الزيادة لا في عقد المستثنى ولا المستثنى منه ، فيكون هذا موجباً آخر لاختصاص القاعدة بالاخلال بالنقيصة فقط كما ذكرنا ، وقد فرغنا عن بطلانه وان العرف حتى بناءً على فرض التقدير في لسان القاعدة يتوسّع ويرى المقدّر مطلق الاخلال بما يعتبر في الصلاة أو مطلق ما يوجب الاعادة في نفسه ، فلا تعاد الصلاة ممّا يوجب إبطال الصلاة إلّا مايوجب إبطال أحد الخمسة ، أو لاتعاد الصلاة من الاخلال بما يعتبر في الصلاة إلّا الاخلال بأحد الخمسة ، وعلى كلا التقديرين تدخل الزيادة حتّى للركن في عقد المستثنى ؛ لأنها مانعة عن صحة أصل الصلاة لا الركن .

نعم ، ينبغي في المقام تفصيل آخر سوف نشير إليه بعد قليل ، هذا كله في عموم القاعدة للزيادة والموانع كالاخلال بالاجزاء والشرائط .

وأمّا الاخلال بأجزاء الأجزاء أو شرائطها أو مايعتبر فيها فالظاهر شمول القاعدة

لها أيضاً فيما هو معتبر في غير الأركان مطلقاً ، وأمّا الأركان فإذا كان ما يعتبر فيه غير دخيل في صحة ذلك الركن ، أي كان من قبيل الواجب في ضمنه كالذكر حال الركوع والسجود أو الطمأنينة حال الذكر فهذا بحسب الحقيقة ليس شرطاً للركن ولا جزءً له ، وإنّما هو ممّا يعتبر في الصلاة ولكن مـوضعه ومـحله الركـن ، فـيكون الاخلال به لا عن عمد مشمولاً لعقد المستثنى منه في القاعدة . وأمّا ما يكون شرطاً أو مقوماً لنفس الركن كوضع الجبهة على الارض في السجود أو كون موضعه مما يصح السجود عليه فلا تجري القاعدة في الاخلال به ولو كان سهواً ؛ لأنه داخل في عقد المستثنى ، فلا يشمله المستثنى منه ؛ إذ المقصود من القاعدة ـ كما أشرنا ـ أنّه كلّما حفظت الصلاة من ناحية الأركان الخمسة فلا إعادة ، فلابدّ من انحفاظ الأركان الخمسة لا بمسمياتها اللغوية ، بل بما هي فرائض مأمور بها شرعاً ، أي لابدّ مـن صحة الصلاة من ناحيتها ، فإذا كان شيء معتبراً في صحتها وأخلّ بها المكلّف ولو سهواً لم تكن محفوظة ولا الصلاة صحيحة من نـاحية أمـر الركـن ، فـلا تشـمله القاعدة ؛ لأنها تصحيح للصلاة من ناحية غير الأركان كما هو واضح .

وبهذا ظهر وجه ما أفتى به بعض المـحققين المـتأخرين [١] خـلافاً للـمشهور ببطلان الصلاة بالاخلال ولو سهواً بالسجود على ما لا يصح السجود عليه بخلاف الاخلال سهواً بالذكر في السجود والركوع أو الطمأنينة حال السجود والركـوع أو الذكـر .

كما أنّه ظهر ممّا بيّناه أنّ زيادة الركن أو الترتيب بين الركنين إذا اعتبر شرطاً في صحة الركن بأن كان المأمور به كفرض في الصلاة الركوع الواحد في كل ركعة بقيد الوحدة أو السجدتين كذلك وأن يكون الركوع قبل السجود كان داخـلاً فـي عـقد

(١) انظر : المنهاج (للسيد الخوئي) ١ : ١٤٦ و ٢٢٦ ـ ٢٢٧ . المنهاج (للسـيد الحكـيم) ١ : ٢٠٢ ، م٢٣ و ٣١٦ ـ ٣١٧ ، وراجع التعليقات .

المستثنى لا المستثنى منه ؛ لأنّ الاخلال بذلك ولو سهواً إخلال بأحد الخمسة لا محالة ، فالزيادة للأركان إن كان عدمها قيداً في الركن نفسه ومن شرائط صحته كان داخلاً في المستثنى من القاعدة وإلّا بأن كان قيداً في أصل الصلاة وصحتها كان داخلاً في عقد المستثنى منه ، ولا إشكال أنّ عنوان من زاد في صلاته فعليه الاعادة يكون ظاهراً في أخذ عدم الزيادة شرطاً في صحة الصلاة لا أكثر . ولا أقل من الاجمال ، فلا يثبت شرطيّته في نفس الاجزاء والأركان ، فيكون مقتضى إطلاق أدلّة الجزئية تحقق ذلك الجزء الركني أو غيره ولو كان معه زيادة ، فيكون الاخلال في الصلاة من ناحية الزيادة لا نقيصة ذلك الجزء .

وهذا المطلب تترتب عليه ثمرات عملية منها المقام ، وسوف نعود إلى هذه النقطة في بعض الابحاث القادمة ، وهذا هو التفصيل الذي قلنا إنّه سوف يأتي في زيادة الركوع والسجود .

وممّا ذكرنا ظهر وجه الفساد فيما ذكره بعض في المقام من التفصيل بين ما إذا كان الاخلال بشرائط الأركان غير الدخيلة في قوامها وصدق حقيقتها فيدخل في عقد المستثنى منه فلا تعاد منه الصلاة ، وبين مايكون دخيلاً في قوامها كوضع الجبهة على الارض في السجود فإنه لا سجود بدون ذلك حقيقة فيدخل في عقد المستثنى وتعاد منه الصلاة [(١)] .

فإنّ هذا التفصيل لا مبرّر له بعد أن كانت أدلّة القاعدة واضحة ، بل بعضها صريح في لزوم حفظ الصلاة من ناحية الركوع والسجود وعدم الاخلال بما فرضه الله الذي لايكون إلّا بحفظ شرائط صحة الركن أيضاً سواء كانت دخيلة في قوامه وصدق مسماه أم لم تكن ، وليس المقصود تصحيح الصلاة بمجرّد الركوع والسجود ولو لم يكن كما أمره الله تعالى .

---

(١) القواعد الفقهية ١ : ٨٤ .

وإن شئت قلت : إنّها ليست في مقام بيان أنّ الفرض مطلق الركوع أو السجود وأنّه لا يعتبر فيهما شيء آخر ، وإنّما هي في مقام بيان عدم رافعية النسيان أو الجهل لجزئيتهما ولزومهما في الصلاة ، وهذا واضح .

ومثله في الضعف دعوى أنّ مقتضى عموم التعليل « السنّة لاتنقض الفـريضة » شمول المستثنى منه للاخلال بشرائط الركوع والسجود ؛ لأنها مجعولة بـالسنّة لا بالكتاب [١] .

فإنّه يرد عليه : أنّ المراد بالفرض مافرضه الله الذي هو أمر ثبوتي ، وبـالسنّة مافرضه النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله ، وليس المراد وروده في الكتاب أو الحديث كأمرين إثباتيين ، وأدلّة شرائط الركوع والسجود تكون مفسّرة لما هو فرض الله فلا تكون سنّة .

هذا كله مضافاً إلى كفاية احتمال ذلك في الاجمال وعدم إمكان التمسك باطلاق المستثنى منه في القاعدة لما يكون من شرائط أحـد الأركـان الخـمسة ، فـيكون مقتضى القاعدة لزوم الاعادة .

ومن مجموع ماتقدم يتّضح أنّ القاعدة تشمل الاخلال غير العـمدي بـالأجزاء والشرائط غير الركنية وكذلك بالموانع ، ومنها الزيادة المأخوذ عدمها فـي الصـلاة أو في جزء غير ركني ، كما تشمل الاخلال غير العمدي بشـرائـط الاجـزاء غـير الركنية وبالاجزاء الواجبة ضمن الأركان من دون أن تكون شرطاً في صـحة ذلك الركـن .

نعم ، نستثني من الشرائط خصوص الشرط الذي ثبت اعتباره في الصلاة أو في الاجزاء غير الركنية بقاعدة الامتناع العقلية كما في شرطية إباحة مكـان المـصلي حتى إذا فرض عدم رجوعها إلى إباحة محل السجود التي تكون شرطاً في الركن ؛ وذلك لأنّ مثل هذا الشرط دليله كما يقتضي تقييد إطـلاقات الجـزئية والشـرطية

---

(١) انظر : كتاب الخلل (للسيد الامام) : ٢٩ .

والأمر بهما بخصوص الفرد المباح كذلك يقتضي تقييد إطلاق القاعدة بذلك ؛ لما تقدّم من أنّ ظاهر القاعدة تقييد أدلّة الجزئية والشرطية بخصوص حال العمد والكشف عن أنّ متعلّق الأمر هو الجامع بين الواجد للشرط في حال العمد وفاقده في غيره ، والمفروض أنّ هذا ممتنع مع فقد هذا الشرط ، أي في المكان المغصوب ، فمثل هذه الشروط الثابتة عقلاً في متعلّقات الأوامر الشرعية بقاعدة امتناع الاجتماع لا يمكن تصحيح الصلاة من ناحيتها حتى بالقاعدة .

نعم ، لو فرض ارتفاع الحرمة صحت الصلاة من ناحية هذا الشرط ، إلّا أنّه من الواضح أنّ لسان القاعدة لايمكن أن يستفاد منه رفع الحرمة عن المكان المغصوب ؛ لكونها ناظرة إلى التكليف بالصلاة لا غيره من التكاليف ، اللهم إلّا بناءً على مبنى المشهور في مورد نسيان الغصب بالخصوص، حيث تكون الحرمة مرتفعة واقعاً ، فتصح الصلاة للاباحة الواقعية ، ولكنك عرفت الاشكال فيه .

كما أنّه لو فرض أنّنا لم نستظهر من دليل القاعدة تقييد الجزئية والشرطية وبالتالي توسعة الأمر لمورد الاخلال بل مجرد نفي الاعادة في موارد الخلل ولو من باب تحقق الملاك واستيفائه أمكن التمسك باطلاقه لموارد الصلاة في المغصوب جهلاً أو نسياناً ؛ لأنّ النكتة العقلية للامتناع إنّما تمنع عن تعلّق الأمر به لا اشتماله على الملاك ، ولكنه خلاف الظاهر ؛ لما تقدّم من أنّ مفاد القاعدة النظر إلى مفاد خطاب الأمر بالصلاة فهي تدلّ على صحة المأتي به الناقص لبعض القيود غير الركنية من باب كونه مصداقاً للمأمور به وأن الجزئية أو الشرطية للقيد المنسي أو المجهول مقيدة بحال الذكر ، ومثل هذا المفاد كاطلاق أصل الأمر بالصلاة مقيد لبّاً بأن لايكون ضمن الفرد المحرم بناءً على الامتناع .

ومنه يظهر ما في فتوى السيد الاستاذ الخوئي ﭬ من الحكم بصحة الصلاة في الساتر المغصوب جهلاً بعد فرض الاتحاد وبطلان الصلاة فيه مع العلم بالغصب مما يظهر أنّ مدركه التمسك بالقاعدة .

لا يقال : لا مانع من إطلاق القاعدة لهذه الموارد والشروط ويكون مفادها رفع شرطية اللباس والأمر الضمني به ، لا شرطية إباحته مع فعلية الأمر به لكي يـلزم الامتناع .

فإنّه يـقال : هذا وإن كان ممكناً ثبوتاً ، ولكنه لا يمكن استفادته مـن إطـلاق القاعدة إثباتاً ؛ لأنّها تنفي جزئية أو شرطية ما يكون منسياً أو مجهولاً لا أكثر ، وفي المقام شرطية اللباس أو الأمر الضمني به ليس منسياً أو مجهولاً ، وإنّما المنسي أو المجهول شرطية إباحته بنحو الشبهة الحكمية أو الموضوعية ، وهي لايمكن رفعها عقلاً مع فعلية الأمر باللباس ، فتدبّر .

وأما القواطع فالمراد بها إن كان ما أُخذ عدمه شرطاً أو وجوده مانعاً رجع إلى المانع والشرط فتشمله القاعدة ، وإن أُريد بـه مـا يكـون مـاحياً لصـورة الصـلاة ومخرجاً للمكلّف عنها كالفعل الكثير والفصل الطويل ونحو ذلك فلا تشمله القاعدة ولو حصل سهواً ؛ لأنها ناظرة إلى فروض الاخلال بما يعتبر في الصلاة بعد فرض تحقق أصلها وعنوانها .

وإن شئت قلت : إنّ الاخلال ولو السهوي بما يكـون مـاحياً لصـورة الصـلاة والاتصال بين الاجزاء اللاحقة والاجزاء السابقة يوجب الخلل فـي شـرط صـحة الاجزاء الركنية المتأخرة لا محالة ؛ لأنّ المأمور به هو الركوع أو السجود في الصلاة لا خارجها ، فيوجب الخلل في الأركان ، وهو غير داخل في عقد المستثنى منه كما تقدم .

الجهة الثالثة :

في شمول القاعدة لموارد الاضطرار والاكراه على ترك جزء أو شرط :

فظاهر كلمات الميرزا ﷺ شمول القاعدة لذلك أيضاً ، بل تقدم مـنه أنّ القـاعدة ناظرة إلى نفي إطلاق الجزئية والشرطية في موارد استلزامه لسقوط التكليف والأمر الأوّل ، وهي تمام حالات العذر .

واعترض على ذلك بعض الباحثين [١] بأنّ : « هذا كلام غريب ؛ لأن المقصود من شمول الحديث للمضطر هل هو شموله قبل شروعه في العمل المضطر إلى ترك جزء منه أو شرطه ، أم بعد عمله ذاك ؟ فإن كان الثاني فكيف صح له الدخول في العمل وهو يعلم بأنّه عاجز عن الاتيان به تاماً وفق المأمور به ؟ ! فلابد له من مستند آخر مثل قوله « لا تترك الصلاة بحال » الذي جوّز له الدخول في العمل الناقص ، وبما أنّ التكليف الاضطراري لو كان فهو تكليف واقعي ثانوي ، فالاجتزاء به في مقام الامتثال يكون وفق القاعدة من دون حاجة إلى التمسك ـ في مقام الاجتزاء ـ بحديث « لا تعاد » . وإن كان الأول ـ أي شموله قبل شروعه في العمل ـ فهذا بعيد عن متناول دلالة ظاهر الحديث غاية البعد ، وذلك لأنّ ظاهره كونه علاجاً للعمل بعد الالتفات إلى إتيانه ناقصاً والاكتفاء به في مقام الامتثال بدلاً عن الكامل الذي غفل عنه ، ومن ثم لم يشمل الملتفت قبل العمل كالعامد بالترك مع علمه بالاعتبار » .

ثم أضاف : « ولم نعهد فقيهاً تمسك بحديث « لاتعاد » تصحيحاً لصلاة من يكون مضطراً إلى ترك القيام أو السورة أو عارياً . . . ونحو ذلك ، بل مستمسكهم في ذلك حديث « لا تترك الصلاة بحال » وبالأدلّة الخاصة الواردة بشأن بعض هذه الأحوال ، ومن ثم استغربنا تعبير من عبّر بشمول حديث « لا تعاد » للمضطر ! » [٢] .

والظاهر أنّه وقع خلط للباحث المذكور فالميرزا ﷺ لا يريد التمسك بالقاعدة لإثبات الأمر بالأقل في موارد تعذّر جزء أو شرط في حال التعذّر والاضطرار أو الاكراه ، وإنّما يريد التمسك بها لنفي الاعادة فيما إذا ارتفع العذر في أثناء الوقت بعد

(١) حديث «لا تعاد» بقلم محمّد هادي معرفت : ٤٦ ـ ٤٧ .

(٢) المصدر السابق : ٤٧ .

ماكان يعتقد صاحبه عدم زواله أو يعتقد جواز البدار وصحة عمله وأنّ وظيفته حين العذر هو الأقل ؛ فإنّ مقتضى إطلاق أدلّة اعتبار ذلك الجزء أو الشرط في حق مثل هذا المكلّف إذا زال عذره لزوم الاعادة بعد ذلك ، فيقال بأنّ مقتضى إطلاق القاعدة صحة العمل حتى بعد زوال العذر وعدم لزوم الاعادة إذا لم يكن الناقص ركناً ، وهذا قد أفتى به جملة من الفقهاء والمحققين في رسائلهم العملية .

والحاصل : ليس المقصود إثبات الأمر بالأقل في حق العاجز عن أداء بـعض الأجزاء أو الشروط ؛ فإنّه لا إشكال في أنّ مدركه حديث « لاتترك الصلاة بحال » أو قاعدة الميسور أو الأدلّة الخاصة ، وإنّما المقصود التمسك بالقاعدة لنفي الاعادة في مورد الاتيان بالفعل الاضطراري باعتقاد أنه تكليفه الواقعي ولو من جهة توهم استمرار العذر الى آخر الوقت ثم انكشف خلافه وارتفاعه في أثناء الوقت ، فـإنّه عندئذٍ تجري القاعدة لنفي الاعادة ـ التي يقتضيها إطلاق جزئية أو شرطية الأمـر المتروك اضطراراً ـ إذا كان الناقص من غير الأركان ، وهذا بالدقة تمسك بالقاعدة بلحاظ الجهل واعتقاد أنّ وظيفته وظيفة المضطر ، لا بلحاظ الاضطرار .

ومثله ما إذا اعتقد أنّه مضطر أو مريض لايمكنه القيام كثيراً لقراءة الحمد فكبّر حال القيام ثم جلس للقراءة ثم قام للركوع وبعد ذلك انكشف له أنّه مشتبه وكـان متمكناً من القيام ، وهذا من الجهل بالموضوع بحسب الحقيقة .

ولعل الذي أوجب هذا الخلط ظهور كلمات بعض مقرري بحث الميرزا ﷺ في الاطلاق وأنّه كلما لزم سقوط الأمر من إطلاق الجزئية في مورد أمكن رفعها باطلاق القاعدة ، مع أنّ المفروغ عنه في كلمات الميرزا ﷺ أنّ كل إطلاق للجزئية يستلزم منه سقوط الأمر الأول ونشوء أمر بالاعادة يكون هو المنفي بالقاعدة ، وهذا إنّما يكون في خصوص مورد ارتفاع العذر في الاثناء والالتفات بعد الاتيان بالناقص ، فليس النظر الى أصل الاضطرار جزماً .

ثم إنّه لو فرض الاتيان بأحد الخمسة بنحو الوظيفة الاضطرارية ثم تبين عـدم

الاضطرار أو ارتفاع العذر في الاثناء لزم الاعادة ، ولا يمكن تصحيح ما أوقعه بالقاعدة ؛ لأن الاخلال هنا بحسب الحقيقة بأحد الخمسة بعد فرض التمسك باطلاق دليل الأمر الاختياري بالخمسة ، فيدخل في عقد المستثنى لا المستثنى منه ؛ لأنه لم يحفظ ماهو وظيفته من ناحية الخمسة ، لأنّنا ذكرنا بأنّ القاعدة ليست في مقام بيان ماهو الركن وما هو شرائطه في نفسه ليتمسك باطلاق المسمى في عقد المستثنى ، وهذا واضح .

الجهة الرابعة :

لا يشترط في جريان القاعدة الفراغ عن الصلاة ، بل يكفي تجاوز محل التدارك ، وذلك بالدخول في الركن أو انتهاء الفعل الذي يجب فيه المنسي ، كمن نسي الذكر في الركوع أو السجود حتى رفع رأسه ، لأن الاعادة تصدق في ذلك أيضاً ؛ إذ لايشترط فيها أن يكون العمل السابق كاملاً ، بل قد عرفت أنّ المدلول التصديقي للقاعدة نفي الجزئية أو الشرطية في حال الاخلال غير العمدي به إذا كان تداركه مستلزماً لبطلان العمل المأتي به المعبر عنه كناية بلازمه وهو الاعادة ، فالاطلاق للخلل الواقع في الاثناء المستلزم تداركه لاعادة العمل لا غبار عليه .

لا يقال : غاية ماتقتضيه القاعدة صحة العمل وعدم وجوب الاستئناف لاسقوط جزئية ذلك الجزء المنسي كالقراءة ، فيجب الاتيان بها بمقتضى دليل جزئيته ، غاية الأمر يكون الساقط هو الترتيب بينه وبين الركن الذي دخل فيه ، فيجب الاتيان بالقراءة لمن نسيها بعد الركوع .

فإنّه يقال : إنّما يصح ذلك فيما إذا لم نستظهر أنّ موضع القراءة ومحلها قبل الركوع كالذكر حاله وإلّا لم يصح التمسك باطلاق جزئية ذات القراءة في الصلاة ؛ لأن الدليل إنّما دلّ على جزئيتها في موضع مخصوص لا جزئيتها وشرطية الترتيب بينها وبين سائر الاجزاء كما ثبت ذلك في مثل التشهد والسلام ، ولعله لأجل ذلك كان فيهما قضاء بخلاف القراءة والذكر .

وإن شئت قلت : إنّ دليل جزئية القراءة لا يدلّ على جزئية ذات القراءة للصلاة أينما وقعت ليتمسك باطلاقه .

ومنه يظهر وجه عدم شمول القاعدة للخلل الواقع في الاثناء مع إمكان تداركه ؛ لعدم تجاوز المحل ، فإنّ إطلاق دليل اعتباره يقتضي جزئيته ولا تـنفيها القـاعدة ولا لزوم الترتيب والاكتفاء بما جيء به ـ كـالسورة قـبل القـراءة ـ لاخـتصاصها بنفي ما يلزم من اعتباره إعادة العمل ، وهو غـير لازم إذا لم يـلزم زيـادة ركـن ، فيجب التدارك لا محالة وبعد ذلك يجب الاتيان بما جيء بـه قـبله مـن الاجـزاء المترتبة عليه كالسورة في المثال ويكون ما أتى به من السورة قبل الحـمد زيـادة غير عمدية .

لا يقال : لماذا لا يحكم بسقوط شرطية الترتيب والاكتفاء بالسورة التي جيء بها أولاً ، وبذلك يرتفع موضوع الزيادة ، فلا تكون تلك السورة زيادة أصلاً .

فالحاصل كون السورة المأتي بها أولاً زيادة غير عمدية فرع بقاء الأمر بإتيان السورة بعد الحمد ، وهو فرع عدم سقوط شرطية الترتيب ، وإلّا لم تكن زيادة ، فيقع التعارض بين إطلاق شرطية الترتيب وإطلاق مانعية الزيادة ، حيث إنّ ثبوتهما معاً يستلزم منه بطلان العمل المذكور ، والقاعدة نسبتها الى الاطلاقين على حدّ واحد ، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق مانعية الزيادة بـدليل القـاعدة دون العكس ، وبـعد التساقط لايبقى دليل على وجوب إعادة السورة .

فإنّه يقال : إطلاق دليل مانعية الزيادة في المقام متعيّن للسقوط ؛ لأنّ أمره دائر بين التخصيص والتخصص ، فلا يمكن التمسك به لإيقاع المعارضة مع إطلاق دليل شرطية الترتيب ، وهذا واضح .

الجهة الخامسة :

في عموم القاعدة لنفي القضاء حين الاخلال بغير الخمسة كالاعادة :

وقد استدلّ على ذلك بعض المحققين تارة : بحمل الاعادة فـي القـاعدة عـلى

المعنى اللغوي لا الاصطلاحي الفقهي المقابل للقضاء ، فيشمل مطلق تكرار العمل ولو بعد الوقت .

وأُخرى : بالفحوى العرفية والفقهية فإنّه إذا كانت الاعادة في الوقت منفية بالاخلال بالاجزاء غير الركنية فالقضاء خارج الوقت منفي بالاولوية .

وثالثة : بأنّ نفي الاعادة في داخل الوقت يوجب ارتفاع موضوع القضاء خارجه (١) .

ونلاحظ على ذلك بأنّه تارة يفرض البحث في من التفت في الاثناء إلى الخلل في صلاته فلم يعدها عملاً بالقاعدة ولكنه يحتمل أنّه إذا خرج الوقت وجب عليه القضاء ، وأُخرى يفرض أنّه التفت إلى الخلل خارج الوقت .

والوجوه الثلاثة المذكورة تختلف من حيث مورد الحاجة إلى كل منها بين الفرضيتين ، فالوجه الثالث إنّما يتم في خصوص الفرض الأول حيث يقال بعد أن جرت القاعدة في الوقت تثبت صحة الصلاة واقعاً ، ومعه لا موضوع للأمر القضائي ؛ لأنّه متفرّع على عدم الاتيان بالفريضة صحيحة ، فالقاعدة تكون رافعة لموضوع القضاء . ولا مجال في هذه الفرضية للوجهين الاولين ؛ لأنّ التمسك بالمدلول المطابقي للقاعدة وبلحاظ الاعادة بمعناها الاصطلاحي الخاص . وإنّما يحتاج إليهما في الفرضية الثانية أي من يلتفت إلى الخلل في صلاته بعد الوقت ، والذي هو المهم في المقام ؛ إذ الفرضية الاولى هي القدر المتيقّن من دليل القاعدة ، والتي لا إشكال في أنّ القاعدة مصححة فيها للعمل ونافية لأيّة تبعة فيها على المكلّف إعادة أو قضاءً .

وعندئذٍ لايتم الوجه الثالث ؛ لأن انتفاء موضوع الأمر بالقضاء فرع تصحيح الصلاة الواقعة في الوقت ، فإذا لم تكن القاعدة دالّة إلّا على صحة الصلاة الملتفت

---

(١) انظر : العلّامة الآملي في رسالته من تقريرات الصلاة ٢ : ٤٢٠ ، ط ـ مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

إلى خللها داخل الوقت ولو باعتبار ظهور الاعادة على لسان الشارع في مـعناها الشرعي لا اللغوي العام أو إجماله على الأقل فلا رافع لموضوع الأمر بالقضاء كما هو واضح .

وأمّا الفحوى العرفية فدعواها في مثل هذه الاحكام التعبّدية التوقيفية عـهدتها على مدّعيها .

ودعوى : إنّ القاعدة مصحّح واقعي للعمل ؛ لكونها مقيدة لأطلاق أدلّة الجزئية والشرطية .

مدفوعة : بأنَّ هذا لا ينافي عدم شمول القضاء ، فإنّها تـصحح وتـقيّد بـمقدار مفادها لا أكثر ، فإذا كان مفادها التصحيح في المورد الذي يلزم من إطلاق الجزئية والشرطية الأمر بالاعادة شرعاً لا الأمر بالقضاء ، فلا يشمل الملتفت إلى نـقصان عمله بعد خروج الوقت ؛ لأنّ إطلاق الجزئية والشرطية في حق مثله لايلزم مـنه الأمر بالاعادة بل بالقضاء .

وهذا واضح خصوصاً على مبنى القوم من ارتفاع التكليف في مـورد النسـيان واقعاً لا ظاهراً .

والصحيح في مقام الجواب عن هذه الشبهة أن يقال إذا أنكرنا رافـعية النسـيان للتكليف واقعاً فالأمر واضح ، حيث إنّ التكليف بالجزء المنسي فعلي فـي الوقت لولا القاعدة ، فيكون مكلّفاً بالاعادة كالجاهل ، فتشمله القـاعدة ؛ لكـونها نـافية للإعادة الواقعية لا الظاهرية التي تصل إلى المكـلّف ، فـإنّه خـلف كـونها قـاعدة تصحيحية واقعية .

وأمّا على القول الآخر فأيضاً كذلك ؛ لأنّ نفي الاعادة في القاعدة مدلول كنائي ـ على ما تقدم ـ لمدلول تصديقي آخر هو المقصود بالذات ، وهو صحة العمل المأتي به واقعاً ، فيكون موضوع القاعدة العمل الناقص المأتي به ، وهذا عـرفاً مـوضوع واحد لا يتكثَّر ولا يتعدّد بكون الالتفات إلى نقصانه في أثناء الوقت أو بعد انقضائه ،

فليس المقصود نفي الامر بالاعادة ليقال بأنّ نفيه لايلازم نفي الأمر بالقضاء ، وإنّما المقصود الإرشاد إلى صحة العمل الناقص إذا لم يكن عن عمد ، وهذا موضوع واحد لايتعدّد بتعدّد الالتفات إليه بعد الوقت أو أثنائه ، وليس التفات المكلّف إلّا طريقاً لاحراز ذلك .

والحاصل حال هذه القاعدة حال سائر أدلّة بيان الجزئية والشرطية أو نفيها مطلقاً أو في حال السهو والنسيان بلسان الاعادة أو نفيها من حيث كونها ناظرة إلى تحديد ما هو الفريضة في نفسها ، فتكون واردة على أدلّة القضاء على كلّ حال ، فتدبّر جيداً .

الخاتمة

فيما توهم منافاته مع القاعدة ممّا هو ثابت فقهياً وبأدلّة خاصة والبحث عن ذلك في مقامين :

المقام الأول :

فيما قد يدّعى منافاته مع عقد المستثنى منه في القاعدة حيث إنّه يدلّ على نفي الاعادة للصلاة كلّما حفظت الأركان الخمسة فيها وإن وقع خلل في غيرها بلا تعمّد .

وإن شئت قلت : إنّ القاعدة تدلّ على انحصار أركان الصلاة في الخمسة المذكورة مع أنّ الثابت فقهياً وجود أركان أربعة أُخرى للصلاة ، هي النية وتكبيرة الاحرام والقيام حالها والقيام المتصل بالركوع ، فإنّه تبطل الصلاة بنقيصتها ولو سهواً ، وأما زيادتها السهوية ـ فيما يتصور فيه الزيادة السهوية منها ـ ففيه كلام بين المحققين ، وقد نشير إلى مدركه .

ومن هنا التزم بعض بلزوم تخصيص إطلاق المستثنى منه في القاعدة بالأدلّة

الخاصة الدالّة على ركنية هذه الأجزاء في الصلاة أيضاً ، والتخصيص باب واسع .

والانصاف أنّ إطلاق القاعدة من هذه الناحية قد يكون آبياً عن التخصيص ؛ لقوة لسان الحصر فيها في العموم ، بل التعليل الوارد لذلك في كل الروايات المتقدمة التي استدللنا بها على القاعدة يستوجب قوة العموم ، فيصعب التخصيص ؛ لأن الوارد في التعليل التصريح بأنّ السنّة لا تنقض الفريضة ، فكيف نقضتها في هذه الأربع ؟ !

وما قيل من أنّ هذا العموم ليس عقلياً لكي لايقبل التخصيص .

جوابه : إنّ إباء العام عن التخصيص لايتوقف على أن يكون عمومه عقلياً ، وكأنه وقع خلط بين إباء العام عن التخصيص وبين قاعدة اخرى هي عدم إمكان تخصيص حكم العقل ، بل كلّما كان العام صريحاً في العموم أو مبيناً لخصوصية وعلة في موضوع الحكم لا يحتمل التفكيك بين مورد منها ومورد بحيث كان التخصيص موجباً لالغاء تلك الصراحة أو تلك النكتة والخصوصية المعلّل بها كان مثل هذا الخاص معارضاً مع العام ، لا مخصصاً له على مانقح ذلك في محله من علم الأُصول ، إلّا أن الشأن في بلوغ لسان القاعدة هذه الدرجة من الصراحة في العموم بحيث لايقبل التخصيص .

والصحيح في حلّ هذا الاشكال أن يقال : بأنّ ثبوت الركنية في هذه الاربع لا يستلزم تخصيصاً في عقد المستثنى منه في القاعدة أصلاً ؛ لأنّ خروجها عنه تخصصّي .

أما خروج النية وتكبيرة الاحرام فباعتبار أنّه من دونهما لم يتحقق فعل الصلاة والشروع فيها بعد ، والقاعدة ناظرة إلى نفي الاعادة بعد الفراغ عن تحقق أصل الصلاة خارجاً وشروع المكلّف فيها ، ولهذا عبّر بـ « لا تعاد » ، وليس المقصود عدم تحقق الشروع في الصلاة الصحيحة لكي يقال بأن القاعدة هي المصحّحة ، فلا معنى لأن تؤخذ الصحة في موضوعها ، بل المقصود أنّ المسمى أيضاً من دون النية

والقصد والافتتاح لايكون متحققاً ، فإنّ الصلاة من المركّبات الاعتبارية المتقوّمة بالقصد والتي جعل الشارع افتتاحها ومبدأها تكبيرة الاحرام ، ومن هنا حملنا التوجّه والدعاء الوارد في بعض الروايات المتقدمة على إرادة هذا المعنى ، أي النية وتكبيرة الاحرام ، فبهما يتحقق أصل المركّب الاعتباري الشرعي المأمور به .

ومما يدلّ على ذلك أيضاً أنّهما مما فرضه الله تعالى وليستا من السنّة كما دلّت على ذلك الروايات المتقدمة . ومن الواضح أنّ قاعدة « لاتعاد » حتى التي ذكرت الخمسة من رواياتها ذكرتها بعنوان كونها من الفرض كما يدلّ عليه التعليل في الذيل ، وإنّما اقتصرت على الخمسة ؛ لأنها ناظرة إلى الأركان بعد فرض تحقق أصل المركّب الشرعي خارجاً ، فإذا ثبت أن تحققها لايكون إلّا بالنية والتكبيرة كما أنهما ممّا فرضه الله ؛ لأنهما دخيلان في تحقق المسمى أو شروع الصلاة المفروضة وافتتاحها كان وجوب الإعادة من الاخلال بتركهما سهواً خارجاً عن موضوع عقد المستثنى منه في القاعدة لا محالة .

نعم ، لو فرض السهو في طرف الزيادة بأن كبّر للاحرام ثانياً ـ وأمّا النية فلا يعقل فيها الزيادة للزوم استمراريتها ـ فلا محذور في التمسك باطلاق القاعدة لتصحيح صلاته كما أفتى به بعض المحققين ؛ لتحقق أصل الصلاة وتكون التكبيرة الزائدة سهواً زيادة منفية بالقاعدة ، ولا دليل خاص على خلاف ذلك وإن اشتهر البطلان في زيادة تكبيرة الاحرام سهواً أيضاً .

ودعوى : أنّ زيادة تكبيرة الاحرام تستبطن قطع السابقة والانصراف عنها ، والصلاة مركّب اعتباري لاحقيقي ، فيعقل انتفاؤه وإبطاله بذلك .

ممنوعة : خصوصاً في مورد السهو ، ولو سلّم لم يقدح بعموم القاعدة ؛ لأن معناه عدم تحقق الصلاة الصحيحة بذلك ، وقد ذكرنا بأنّ منظور القاعدة تصحيح الصلاة بعد فرض تحقق مسمّاها الاعتباري خارجاً ، فلا تخصيص للقاعدة على كلّ حال .

وأمّا القيام فهو ركن حين تكبيرة الاحرام وقبل الركوع ـ أي المتصل بالركوع ـ فليس القيام مستقلاً ركناً ، وإنّما هو شرط في الركنين المذكورين ، ومن هنا لا يعقل الزيادة فيهما مستقلاً ، وإنّما يعقل النقيصة بأن يكبر للاحرام جالساً أو يركع عن جلوس بأن يقوم إلى حدّ الانحناء ، وبطلان الصلاة بذلك ولو كان عن سهو إنّما يكون من جهة بطلان الركن ؛ فإن المستفاد من بعض الروايات ـ كموثقة عمار عن الصادق عليه السلام : « . . . وكذلك إن وجبت عليه الصلاة من قيام فنسي حتى افتتح الصلاة وهو قاعد ، فعليه أن يقطع صلاته ويقوم فيفتتح الصلاة وهو قائم ، ولا يعتدّ بافتتاحه وهو قاعد » [١] فإنّ ظاهرها شرطية القيام في الافتتاح ـ أنّ القيام حال التكبير شرط في التكبيرة لمن وظيفته الصلاة من قيام ، فإذا أخلّ به أخلّ بالتكبيرة المعتبر في افتتاح الصلاة ، فلا صلاة للقائم من دون التكبيرة قائماً ، وقد ذكرنا أنّ القاعدة لا نظر لها إلى من لم يفتتح الصلاة المفروضة بعد .

وأما القيام المتصل بالركوع فلا دليل على ركنيته إلّا الاجماع ، والظاهر أنّه من جهة تقوّم مفهوم الركوع بذلك لمن وظيفته القيام ، فيكون الاخلال به إخلالاً بالركوع الذي هو أحد الخمسة ، وقد تقدم أنّ القاعدة لا تشمل شرائط الأركان الخمسة خصوصاً ماكان منها دخيلاً في صدق مسماها .

وهكذا يظهر عدم وجود ما ينافي إطلاق عقد المستثنى منه في القاعدة وأنّ ما ثبت فقهياً من الأركان الاخرى منسجم مع إطلاقها تماماً .

نعم ، ماثبت من لزوم إعادة الصلاة في النجاسة الخبثية إذا كان عن نسيان يكون تقييداً لاطلاق عقد المستثنى منه بناءً على ما استظهرناه من عدم شمول الطهور في المستثنى للطهارة من الخبث .

إلّا أنّ دليل هذا الحكم حيث فصّل بين الجهل بالنجاسة ونسيانها فحكم بالصحة

---

(١) الوسائل ٤ : ٧٠٤ ، ب ١٣ من القيام ، ح ١ .

في الأول دون الثاني يكون مقيّداً لإطلاق القاعدة بلحاظ عقد المستثنى منه لا مخصصاً ، بمعنى أنّ الطهارة من الخبث أيضاً سنّة لاتنقض الفريضة إذا خولفت لا عن عمد إلّا إذا كان نسياناً لها بعد العلم بأصلها .

المقام الثاني :

فيما يدّعى منافاته مع عقد المستثنى في القاعدة ، حيث ثبت في الفقه صحة الصلاة وعدم لزوم الاعادة إذا أخلّ بالوقت أو القبلة في الجملة مع أنّهما من الخمسة ، كما ثبت عدم البطلان بالاخلال بسجدة واحدة زيادة أو نقيصة ، وهو المسمى عند بعضهم بـ « لا تعاد » الصغير .

ولتوضيح الحال نعقد البحث في نقاط عديدة :

النقطة الأُولى :

في أنّ القاعدة هل تكون في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى كالمستثنى منه أم لا ؟

والصحيح : أنّها ليست في مقام البيان من ناحية المستثنى ، بل في مقام بيان المستثنى منه ، أعني تقييد إطلاق الجزئية أو الشرطية لغير الأركان ؛ لأنّ هذا هو المنظور إليه في مثل هذه التراكيب والألسنة لغة وعرفاً بعد ملاحظة تصدير الكلام بنفي الاعادة عمّا عدا الخمس وكون ما هو خلاف القاعدة مفاد عقد المستثنى منه لا المستثنى ؛ فإنّ الاعادة هي الأصل في كلّ إخلال بحيث لايحتاج إلى جعل أو بيان جديد ، بل ظهور التعليل في أنّ المقصود بيان عدم نقض السنّة للفريضة إذا وقع الاخلال بها ، وهذا واضح .

لا يقال : لو فرض أنّ الاخلال بأحد الخمسة سهواً أيضاً غير موجب لبطلان الصلاة ، فأيّ معنى لاستثنائها ؟ ! بل دلالة القاعدة على البطلان بالاخلال بأحد الخمسة تكون بالوضع الذي هو أقوى من الاطلاق .

فإنّه يقال : ذكر الخمسة إنّما هو من باب المصاديق لما هو فرض من الله في

الصلاة كما اتضح في البحوث السابقة ، وقد ذكرنا أنّ مفاد القاعدة مـعنى أوسـع ، محصّله أنّ ما لم يفرض من قبل الله تعالى في أصل تشريع الصلاة بل يكون سـنّة لاتعاد الصلاة من الاخلال به لا عن عمد . وهذا وإن كان يدلّ بالدلالة الالتزامـية الاقتضائية على أنّ الاخلال بالفرض يوجب بطلان الصلاة إلّا أنّ هذه الدلالة ليست بأكثر من القضية الاجمالية والموجبة الجزئية ، أي إنّ الاخلال بـالاركان يـوجب البطلان في الجملة ، أمّا حدود ذلك وكيفيته فلا تكون هذه القاعدة في مقام البيان من ناحيتها بحيث لو فرض أنّ دليل اعتبار أحد الأركان المـفروضة مـن قـبل الله سبحانه كان قد قيد اعتباره بحال مخصوص كحال الذكر مثلاً لم يكن معارضاً مع إطلاق المستثنى في القاعدة ـ كما توهمه البعض ـ وهذا هو معنى أنّ القاعدة ليست في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ، وهذا يعني أنّ حدود اعتبار كل ركن من الأركان وكذلك خصوصيات وشروط صحته لابدّ فيه من مراجعة أدلّتها وما يثبت باطلاقها .

النقطة الثانية :

لو فرض أنّ القاعدة كانت في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى أيضاً ، فهذا غايته الاطلاق ، بمعنى دلالتها على اعتبار الأركان الخمسة وعدم سقوط جزئيتها أو شرطيتها حتى في مـورد النسـيان والجـهل ، لا الدلالة عـلى شـروط كـلّ ركـن وخصوصياته المعتبرة فيه ؛ فإنّ هذه القاعدة كما ذكرنا فيما سبق ليست من أدلّة بيان نفس الاجزاء والشرائط ، بل تفترض ذلك وتنظر إلى الاخبار البيانية لتحديد وتقييد اعتبارها بحال العمد ، وعندئذٍ يقال بأنّه لا ينبغي الاشكال في أنّ هذا الاطلاق قابل للتقييد ، وليس من قبيل إطلاق المستثنى منه وعمومه الذي قيل فيه بعدم قـابليته للتخصيص ؛ لأنّ ما هو منظور القاعدة ابتداءً والذي يكون التعليل بلحاظه إنّما هو عقد المستثنى منه لا المستثنى كما أشرنا ، فحتى إذا كان في المستثنى إطلاق فهو ليس بتلك الصراحة والقوة التي تأبى عن التقييد .

هذا ، فضلاً عمّا إذا كان التقييد راجعاً إلى التوسعة في نفس الركن كـما إذا دلّ دليل على أنّ ما بين المشرق والمغرب قبلة ، والذي لا يكون دالاًّ على إلغاء أصل شرطية القبلة .

النقطة الثالثة :

على ضوء ماتقدم في النقطتين السابقتين يظهر أنّ ما ثبت فـي بـاب القـبلة أو الوقت من التوسعة مطلقاً أو في حق غير العامد ، ليس معارضاً مع مـفاد القـاعدة أصلاً ؛ إمّا لأنّها ليست في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ـ كما هو الأظهر ـ أو لرجوع ذلك الى نحو توسعة وتصرف في الركن نفسه أو للتقييد لو فرض إطلاق في القاعدة .

النقطة الرابعة :

تقدم فيما سبق أنّ الاخلال بشرائط أحد الأركان أيضاً يوجب بـطلان الصـلاة ولزوم إعادتها ولو كان ذلك الشرط غير دخيل في صدق مسمى الركـن كـالركوع والسجود ؛ لأنّ المستثنى هو الأركان الصحيحة ، لا ذات مسمياتها ، كما تقدم أيضاً أنّ إطلاق عقد المستثنى منه يشمل مطلق الزيادة في الصلاة حـتى لمـثل الركـوع والسجود اللذين هما من الأركان إذا كان عدم الزيادة شرطاً في صحة الصلاة لا في صحة الركن ، وأنّ هذا غير مربوط بكون القاعدة في مقام البيان من نـاحية عـقد المستثنى وعدمه . وعلى هذا الاساس قلنا إنّنا لو كنا والقاعدة مع قطع النظر عـن الروايات الخاصة كنا نفصّل بين زيادة ركوع أو سجود وبين نـقيصتهما ، فـنحكم بالصحة في الأوّل وبالبطلان في الثاني إلّا أنّه قد دلّت الروايات الخاصة عـلى أن زيادة ركعة أو ركوع أو سجدتين توجب البطلان مطلقاً ، فتكون بحسب الحقيقة إمّا مقيدة لهذا الاطلاق في عقد المستثنى منه أو دالّة على شرطية عدم تكرار الركوع والسجدتين في الركعة الواحدة ، فالمفروض من قبل الله سبحانه في كل ركعة ركوع واحد وسجدتين بقيد عدم التعدّد والتكرار ، فلو جاء بركوعين أو أربع سجدات كان

الاخلال بنقص الركن بحسب الحقيقة ، فيدخل في المستثنى ويكون تـخصصاً لا تخصيصاً للقاعدة ، وهذا كلّه قد تقدم .

وإنّما البحث في هذه النقطة عن فرض زيادة أو نقيصة سجدة واحدة ، والتي دلّت الروايات الخاصة على عدم بطلان الصلاة بها إذا لم يكن عن عمد ، فـهل يـمكن تخريج ذلك على القاعدة بحيث لو كنا نحن وقاعدة « لاتعاد » من دون الروايات الخاصة أيضاً كنا نحكم بذلك أم لا ؟!

قد يقال بأنّ مقتضى ورود عنوان السجود ضمن عقد المستثنى في القاعدة تطبيق ما ذكر آنفاً من التفصيل بين نسيان سجدة وزيادتها ، فيحكم في الثـاني بـالصحة لدخولها في عقد المستثنى منه ، والروايات الخاصة دلّت على مبطلية زيادة الركن أي مجموع سجدتين لا سجدة واحدة ، ويحكم في الأول بالبطلان لدخول نقيصة السجود ولو سجدة واحدة في المستثنى لا المستثنى منه ، فإنّ إطلاق السجود فيه يشمل السجدة الثانية أيضاً خصوصاً على ضوء ماتقدم من أن المستثنى هو الأركان بشرائطها وخصوصياتها لا مجرد مسماها ، ومن المعلوم اشـتراط تـعدّد السـجود مرتين في كل ركعة ، فيرجع الاخلال إلى الركن المفروض من قبل الله تعالى فـي الصـلاة .

إلّا أنّه يمكن أنّ يقال : بأن مفاد القاعدة على ماتقدم لزوم حفظ ما هو فرض من قبل الله سبحانه ، فالأركان الخمسة المذكورة إنّما ذكرت باعتبارها مما فرضه الله سبحانه كما دلّ عليه التعليل ، فالمعيار ملاحظة ماهو المفروض من قبله ، وعندئذٍ يمكن أن يقال : إنّ ما ثبت بالفرض الالهي في القـرآن الكـريم ليس بـأكـثر مـن الأمر بأصل الركوع والسجود وصرف وجـودهما المـتحقق بـالواحـدة ، فـيكون مقتضى إطلاقه انحفاظ الفرض الالهي بزيادة سجدة واحدة أو نقيصتها ما لم يـدلّ دليل على دخالة السـجدة الثـانية فـي الفـرض الالهـي أو مـانعية زيـادة سـجدة عن صحتها ، ودليل وجوب سجدة ثانية في كل ركعة لا دلالة لها على أكثر مـن

لزومها لا كونها بفرض الله تعالى ، فيكون مقتضى إطلاق الأمر الالهي بالسجود وشموله لمورد نقصان سجدة أو زيادتها تحقق ما هو الفرض من ناحية هذا الركن وانحفاظه في الصلاة ، وبالتالي يثبت بالملازمة أنّ الخلل المذكور ليس من ناحية فرض الله ، بل من ناحية السنّة ، فيدخل في إطلاق عقد المستثنى منه للقاعدة ، فلا تجب عليه الاعادة .

وهذه من ثمرات إرجاع القاعدة إلى تلك الكبرى التي استفدناها من التعليل ، وإلّا لو كنا والعناوين الخمسة في القاعدة بحيث كان مفاد القاعدة الاعادة منها وعدم الاعادة من غيرها لم يكن يمكن التمسك باطلاق عقد المستثنى لنقصان سجدة واحدة كنقصان سجدتين ؛ إذ لا أقل من احتمال إرادة مجموع السجدتين ، أي السجود الواجب من عقد المستثنى الموجب للاجمال .

وبهذا البيان يظهر أنّ ما دلّت عليه الروايات الخاصة من عدم قدح زيادة سجدة واحدة أو نقيصتها وأنّ الصلاة لاتعاد من سجدة واحدة بل من سجدتين حكم على طبق القاعدة ، وأنّ ما سمي بقاعدة « لاتعاد » الصغير ليست قاعدة اخرى ، بل هو تطبيق من تطبيقات « لاتعاد » الكبير ، فتدبّر جيداً .

ثم إنّه قد ذهب بعض المحققين إلى أنّ القاعدة تثبت بمقتضى إطلاق عقد المستثنى فيها بطلان الصلاة بزيادة سجدة واحدة فيها ولو سهواً ، وإنّما خرجنا عن ذلك بما دلّ عليه بعض الروايات الخاصة من عدم قادحية زيادة سجدة واحدة سهواً في الصلاة . إلّا أنّ هذا لابدّ وأن يقتصر فيه على مورده ومقدار تخصيصه للقاعدة لا أكثر ، وهو ما إذا زاد سجدة واحدة سهواً دون ما إذا نسي الركوع حتى سجد قبل الدخول في السجدة الثانية ؛ فإنّه في مثل ذلك وإن كان يمكنه الرجوع وتدارك الركوع ثم الاتيان بسجدتين ولا يلزم منه إلّا زيادة السجدة السابقة ، إلّا أنّ هذا خارج عن مورد الرواية ؛ لعدم كون السجدة في أصلها سهوية ، بل أصل الاتيان بها عمدي ، وإنّما نشأ زيادتها عن السهو في أمر آخر ، وهو نسيان الركوع ، فيبقى مثل

هذا تحت إطلاق عقد المستثنى في القاعدة ، فيجب الاعادة [(١)] .

وهذا الكلام غير تام :

أولاً : لأنّ الوارد في لسان صحيح منصور بن حازم ـ : سألته عن رجل صلّى فذكر أنّه زاد سجدة ؟ قال عليه‌السلام : « لا يعيد الصلاة من سجدة ، ويعيدها من ركعة » ـ [(٢)] بإطلاقه يشمل ما إذا كانت الزيادة بالنحو المذكور ؛ فإنّ السهو والذكر مضافان إلى الزيادة لا إلى ذات السجدة . وما جاء به أولاً بعد أن كان محل التدارك للجزء المنسي باقياً يكون زيادة لامحالة ؛ لبقاء الأمر بالجزء المنسي ولزوم الاتيان به ، والميزان في مبطلية الزيادة أن تكون بما هي زيادة عمدية ، وهو فرع الالتفات إلى عنوان الزيادة ، فلا تصدق في مورد كان الاتيان بها باعتقاد كونها هي المأمور به في محله ، وهذا واضح ، فلا فرق في شمول الرواية المذكورة بين نحوي الزيادة السهوية .

وثانياً : لو فرض عدم الاطلاق في تلك الروايات كفانا إطلاق عقد المستثنى منه في حديث « لاتعاد » لدخوله فيه لا في عقد المستثنى ؛ فإنّه لا إشكال في التمسك بها في موارد السهو بهذا النحو ، لعدم ورود عنوان السهو فيها ، بل هي بحسب لفظها مطلق تشمل العمد أيضاً لولا المقيّد اللبّي ، وهو لايقتضي أكثر من إخراج صورة العمد بأصل الزيادة ؛ ولهذا لم يستشكل أحد في تطبيقها على زيادة غير الركن بهذا النحو كمن أتى بالسورة قبل الحمد أو التسليم قبل التشهد ، فإنّه يأتي بالحمد ثم سورة اخرى وبالتشهد ثم التسليم ، ويكون ماجاء به أولاً زيادة سهوية لاتعاد الصلاة منها .

---

(١) انظر : العلّامة الآملي في رسالته من تقريرات الصلاة ٢ : ٤٢٥ .

(٢) الوسائل ٤ : ٩٣٨ ، باب ١٤ من الركوع ، ح ٢ .

النقطة الخامسة :

لو التفت إلى تركه للركوع بعد الدخول في السجدة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه بطلان الصلاة بذلك ؛ لتحقق الركن ـ وهو مجموع السجدتين ـ وعدم إمكـان تدارك الركن المنسي ـ وهو الركوع ـ وقد دلّ على ذلك بعض الروايـات المـعتبرة سنداً الواضحة دلالة [١] .

وقد تمسك الفقهاء في ذلك بحديث « لا تعاد » حيث إنّ الركوع ورد فيها ضمن الخمسة التي تعاد الصلاة من الاخلال بنقصانها حتى سهواً .

وقد نوقش في ذلك بأنّ الفائت في المقام إنّما هو الترتيب بين الركنين لا أصل الركن ، فلولا النصوص الخاصة كان يمكن الاتيان بالركوع المنسي بعد السجدتين ، ويكون الخلل في شرطية الترتيب ، وهو مشمول كسـائر شـرائـط الصـلاة لعـقد المستثنى منه الذي لاتعاد الصلاة من الاخلال به .

وهذا الاشكال غير تام ؛ لما عرفت من أنّ الاخلال بشـرائـط الخـمسة أيـضاً يوجب بطلان الصلاة والاعادة ؛ لكون المستثنى في القـاعدة الخـمسة الصـحيحة المأمور بها لا ذواتها . والمستفاد من الروايات أنّ السجود الواجب بفرض الله هـو السجود بعد الركوع لا قبله .

وقد يقال : حتى إذا فرضنا عموم القاعدة للاخلال بشرائط الأركان غير الدخيلة في المسمى كالترتيب ، مع ذلك لا يصح التمسك به في المقام ؛ لأنه سوف تكـون السجدتان المأتي بهما قبل الركوع زيادة ركن باعتبار عدم كونهما فـي مـحلهما ، فلا تكونان مصداقاً للمأمور به حتى إذا جاء بالركوع المـنسي ، فـيكون الابـطال من تلك الناحية ؛ ولهذا في غير الاجزاء الركنية إذا قرأ السورة قبل الحمد نسـياناً

---

(١) راجع : الوسائل ٤ : ٩٣٣ ، باب ١٠ من الركوع .

ثم تذكر وجب الاتيان بالحمد ثم السورة بعده ، ويحكم بكون السورة الاولى زيادة سهوية .

إلّا أنّ هذا الكلام غير تام ؛ لأننا إذا فرضنا شمول القاعدة للاخلال بالترتيب بين الركوع والسجود فسوف لاتكون السجدتان زيادة في حال السهو ، بل هو المأمور به بحكم القاعدة الرافعة لشرطية الترتيب واقعاً في هذا الحـال ، فـتكون القـاعدة حاكمة على دليل الزيادة في المقام .

لا يقال : إذاً ، لماذا لا نقول بذلك في الاخلال بترتيب الاجزاء غير الركنية ؟ !

فإنه يقال : حيث إنّ محل التدارك هناك باقٍ ، فلا يكون مشمولاً للقاعدة ، لأنّها إنّما تصحح الصلاة من الاخلال بجزء أو شرط يلزم منه إعادة أصل الصـلاة ، فـلا يشمل موارد إمكان تدارك الجزء الواجب بلا إعادة لأصل الصـلاة ، فـيبقى دليـل الجزئية على حاله ، فيجب الاتيان بالسورة بعد الحمد ، وتكون السورة المـتقدمة على الحمد على تـقدير الاتـيان بـها بـقصد الجـزئية زيـادة لا مـحالة ، فـيكون الخلل السهوي من ناحيتها لا من ناحية فـقدان التـرتيب ، وقـد تـقدم بـيان ذلك سابقاً أيضاً .

النقطة السادسة :

ذكر بعض أساتذتنا الأعلام أنّ مقتضى إطلاق القـاعدة صـحة الصـلاة بـإيقاع المنافي المبطل للصلاة حتّى سهواً ـ كالحدث أو زيادة ركن أو الاستدبار أو الفعل الكثير ـ إذا كان ذلك قبل السلام بل قبل التشهد والسجدة الثانية أيضاً [١] .

والوجه في ذلك أنّ مقتضى إطلاق القاعدة نفي جزئية هذه الامور فـي ظـرف السهو والنسيان سواء كان السهو فيها ابتداءً كمن نسي التشهد أو التسليم أو سجدة

---

(١) انظر : مستند العروة الوثقى (للسيد الخوئي) ٦ : ٣٨ .

واحدة ، أو كان السهو من جهة وقوع المنافي سهواً بحيث لايمكن بعد ذلك تدارك الاجزاء المذكورة ، فإنّه في هذه الحالة أيضاً يكون تركها غير عمدي بحسب النتيجة ، وحيث إنّها ليست من الأركان ، فتشمله القاعدة ، وبشمول القاعدة لذلك تكون المنافيات المذكورة واقعة خارج الصلاة ، فلا تكون مبطلة ؛ لأن مبطليتها فرع وقوعها في الصلاة .

نعم ، قد يدلّ دليل خاص على البطلان في بعض الموارد كما في الحدث قبل التشهد ؛ فإنّه قد ورد في بعض الروايات المعتبرة أنّه موجب للاعادة ولو كان سهواً ، وكما في زيادة ركعة .

وقد يناقش في ذلك بالفرق بين نسيان الجزء غير الركني كالتشهد أو التسليم حتى صدر منه المنافي ، فإنّه يصدق عليه أنّه سها في غير الأركان ، فتشمله القاعدة ، وبين ما إذا كان السهو في صدور المنافي ، فإنّه لايوجب صدق السهو على ترك الاجزاء المتبقية ، بل السهو في ذلك المنافي ، والمفروض مبطليّته ولو سهواً .

إلّا أن هذا النقاش يمكن أن يجاب عليه بأن عنوان السهو لم يرد في القاعدة ولم يضف إلى الاجزاء غير الركنية ليمنع من صدقه في المقام ، وإنّما الوارد فيها نفي الاعادة عن خلل غير عمدي في غير الأركان ، وفي المقام لا خلل في هذه الصلاة إلّا من ناحية ترك الاجزاء المتبقية وعدم إمكان إلحاقها بالاجزاء السابقة بعد فصل المنافي بينهما ، وهذا المنشأ للخلل لم يكن عن عمد جزماً ، فيشمله إطلاق القاعدة ، وبنفي جزئية الاجزاء الباقية يرتفع موضوع المنافي .

وإن شئتم قلتم : إنّ مفاد القاعدة صحة الصلاة التي حفظ فيها الأركان من الركوع والسجود مع الشرائط الركنية ، وهذا متحقق في المقام أيضاً ، فتكون الصلاة صحيحة تامة ، والمنافي واقعاً خارجها .

وهذا البيان تام لولا أن يستظهر من دليل مبطلية وقوع المنافي ولو سهواً أثناء الصلاة إرادة أثناء ما هو صلاة العامد العالم ، أي ماهي الوظيفة الاولية ، فإنّه حينئذٍ يكون مقتضى إطلاقها البطلان ، وهو إمّا مقدم على القاعدة ـ لو فرض نظره إليها أو أخصيّته منها ـ أو معارض معها بنحو العموم من وجه ، فيرجع بعد ذلك إلى مقتضى القاعدة ، وهو يقتضي الاعادة ، إلّا أنّ هذا الاستظهار لا وجه له بعد وضوح اختلاف الوظيفة في الصلاة باختلاف الحالات ، كما أنّه لا موضوع له في المـنافي الثـابت بالأدلّة اللبّية كالفعل الكثير الماحي لصورة الصلاة ونحو ذلك ، فما أفاده الاستاذ تام صناعياً .

النقطة السابعة :

قد يقال بالتعارض بين عقد المستثنى في القاعدة وبـين إطـلاق حـديث رفـع النسيان لنسيان أحد الأركان بناءً على أنه رفع واقعي لا ظاهري ـ كما هو المشهور ـ وتطبيق ذلك على الجزئية والشرطية ، وإثبات صحة الناقص بأدلّة سائر الاجـزاء والشرائط ؛ لكون الحديث بمثابة الاستثناء لأدلّة الاجزاء والشرائـط ، والتـعارض بنحو العموم من وجه ؛ لعدم شمول حديث الرفع لصورة الاخلال العمدي بـالركن بخلاف إطلاق المستثنى في القاعدة .

وفيـــه :

أولاً : ماتقدم في الاصول من عدم صحة تطبيق حديث الرفع بلحاظ الاحكام الوضعية من الجزئية أو الشرطية ، وقد أشرنا إلى ذلك في المقدمة .

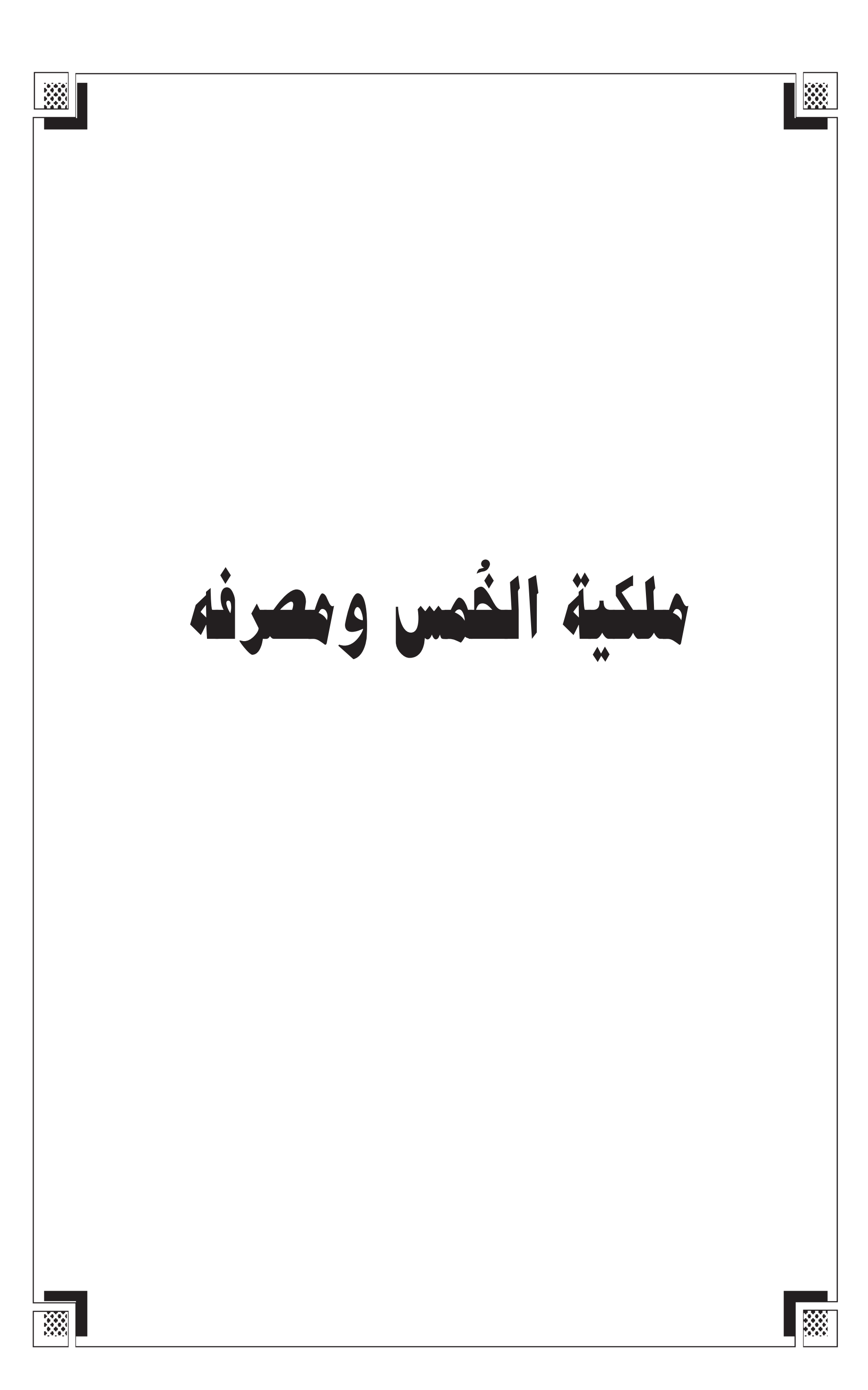
وثـانياً : لو فرض صحة التطبيق المذكور فإنّما يـصح فـيما إذا كـان النسـيان مستوعباً ، وإلّا لم يكن الواجب أو الجزء منسياً ؛ لأنّه عـبارة عـن جـامع الفـعل في الوقت لا في خصوص زمن النسيان ، فلا يصح التمسك بحديث الرفـع لرفـع الجزئية أو الشرطية لمن لا يكون نسيانه مستوعباً . كما لا يصح التمسك به لرفـع

الأمر والتكليف بالأكثر أيضاً بناءً على ماهو الصحيح من كونه رفعاً للتنجز لا للفعلية .

وثالثاً : القاعدة أخص مطلقاً من حديث الرفع ؛ إما لاختصاصها في نفسها بغير العمد كما ذكرنا وجهه في الابحاث السابقة ، أو لعدم إمكان تخصيصها بصورة العمد ، بخلاف حديث الرفع فانّه يمكن تخصيصه بغير الأركان من سائر الواجبات المشكوكة ، بل سائر التكاليف .

ودعوى : إنّ ما لا يمكن تخصيصه بصورة العمد إنّما هو عقد المستثنى منه أي « لا تعاد » دون عقد المستثنى أي الاعادة من الخمسة .

مدفوعة : ـ مضافاً إلى أنّ موضوع العقدين لابدّ وأن يكون واحداً ـ أنّ هذا يوجب إلغاء التفصيل في القاعدة بين الأركان وغيرها ؛ لأنّ غيرها أيضاً تعاد الصلاة من الاخلال بها عن عمد .



ملكية الخُمس ومصرفه

ملكية الخُمس ومصرفه

لا إشكال في اشتمال الخمس على سهام ستة ـ بالمعنى الأعم من كونها مصرفاً أو جهة مالكة ـ بعدد العناوين المصرّح بها في الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : ﴿ **واعلَموا أنَّما غَنِمْتُم من شيءٍ فأنَّ للهِ خُمُسَه وللرسولِ ولِذي القُربَى واليتامَى والمَساكينِ وابنِ السبيلِ** ﴾ [1] . وفي الروايات الكثيرة التي يمكن دعوى القطع أو الاطمئنان بصدور بعضها إجمالاً ، بل لعل هناك ارتكازاً وإجماعاً ، لا من قبل أصحابنا فحسب بل من قبل فقهاء المسلمين جميعاً في أنّ الخمس بالأصل وحين تشريعه قد جُعل على السهام الستة المذكورة ، فأصل تسديس سهام الخمس مما لا إشكال فيه في الجملة ، وإنّما وقع البحث في نقطتين :

النقطة الأولى ـ إنّ السهام هل تكون على نحو الملك ؛ فيكون الخمس مشاعاً بين أصحاب السهام من حيث الملك في عرض واحد ، أم أنّ الخمس ملك لجهة واحدة والعناوين المذكورة بيان للمصارف المقررة في كيفية صرف الخمس لا أكثر ؟

النقطة الثانية ـ ما هو المراد من ذي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ؟

---

(١) الأنفال : ٤١ .

البحث في النقطة الأُولى :

المعروف بين المتأخرين من فقهائنا أنّ الخمس ينقسم بحسب الملك إلى ستة أقسام ؛ ثلاثة منها لله والرسول والإمام ، وهي المعبّر عنها بـ« سهم الإمام عليه السلام » ، وهي اليوم للإمام الحجة (عج) ، وثلاثة منها للأيتام والمساكين وأبناء السبيل من بني هاشم ، وهي المعبّر عنها بـ« سهم الفقراء السادة » . وهذا يعني أنّ المشهور من فقهائنا يرون في النقطة الأُولى عرضية التقسيم ، وفي النقطة الثانية تقييدَ الأصناف الثلاثة بخصوص السادة من بني هاشم ، وإرادةَ الإمام المعصوم (عج) من ذي القربى ، وهو اليوم مالك السهام الثلاثة الأُولى . ونُسب إلى ابن الجنيد [(١)] في النقطة الأُولى أنّ السهام خمسة بحذف سهم الله تعالى ؛ استناداً إلى صحيح ربعي [(٢)] الذي سوف يأتي الحديث عنه ، كما نُسب إليه في النقطة الثانية إرادة المطلق من الأصناف الثلاثة ، وإرادة مطلق القرابة من ذي القربى لا خصوص المعصومين عليهم السلام .

وقد اختلفت كلمات العامة في ذلك أيضاً ؛ فمنهم من ألغى السهام الثلاثة الأُولى ، وقد نسب ذلك إلى أبي حنيفة [(٣)] ؛ لأنّ سهم الله يصرف على الفقراء والمساكين ، وسهم الرسول سقط بوفاته ، وكذلك سهم أقربائه ، فلا تبقى إلّا السهام الثلاثة لليتامى والمساكين وأبناء السبيل . ومنهم من قال ببقاء سهم ذوي القربى لبني هاشم في عرض السهام الثلاثة ، ويصرف سهم الرسول على مصالح المسلمين كسهم الله ، فتكون السهام خمسة ، ولعل هذا هو المشهور بينهم . وذهب بعضهم إلى أنّ الخمس مفوّض إلى اجتهاد الحاكم ليصرفه إلى من يرى صرفه إليه [(٤)] .

---

(١) انظر : المختلف ٣ : ٣٢٥ ـ ٣٢٦ . جواهر الكلام ١٦ : ٨٧ و ٨٩ .

(٢) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

(٣) المغني (لابن قدامة) ٧ : ٣٠١ ، باب تقسيم خمس الفيء والغنيمة .

(٤) المصدر السابق . وانظر : كتاب الام ٤ : ٢٥٦ .

أدلّة المشهور :

لقد استدلّ للمشهور بدليلين :

الأوّل : ظهور الآية في تقسيم الخمس إلى ستة أسهم ، والغنيمة إذا فسّرت بمطلق الفائدة كانت الآية بنفسها دليلاً على قسمة الخمس في تمام أصنافه إلى السهام المذكورة ، وإذا خصّصت بالغنيمة الحربية أو الفائدة المحضة مع ذلك أمكن تعميم هذا الحكم إلى غيره من أصناف الخمس ، بظهور أدلّة الخمس من سائر الأصناف بمقتضى إطلاقها المقامي في أنّ مصرفه نفس المصرف المقرر بالآية الشريفة في خمس الغنيمة .

بل يمكن أن يقال : إنّ عنوان الخمس أصبح عنواناً للفريضة المالية المجعولة في آية الخمس لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، فليس إطلاق الخمس في تلك الأدلة بمعناه اللغوي وهو الكسر المخصوص ، بل بمعناه الاصطلاحي ؛ أي ما هو حصة الله والرسول وذي القربى ، فدليل جعل الخمس في كل صنف مدلولُه العرفي والمتشرعي جعل خمس ذلك المال للسهام الستة ابتداءً .

الثاني : الروايات الخاصة الدالة على تقسيم الخمس إلى السهام الستة المذكورة ـ والتي تكون الثلاثة الأُولى منها اليوم للإمام (عج) ، والثلاثة الأخيرة منها لطبيعيّ الفقير واليتيم وابن السبيل من بني هاشم ـ وظاهرها أنّ التقسيم المذكور يكون بنحو الملكية .

وهذه الروايات ـ وإن كان أكثرها ، بل كلها ما عدا صحيح ربعي الدال على تقسيم الخمس إلى خمسة سهام ، وسوف يأتي الحديث عنه ـ ضعيفة السند ، إلّا أنّه قد يدّعى الاطمئنان بصدور بعضها عن المعصوم عليه‌السلام ؛ لتعددها واشتهار العمل بها .

مناقشة دليلي المشهور :

إنّ الاستدلال الذي ذكره المشهور مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ فإنّه بعد التأمل

في دلالات آية الخمس وملاحظة مجموع الروايات الواردة في المقام ، يظهر أنّ الخمس ملك لمنصب الإمامة ؛ أي للإمام بما هو إمام ، وحيث إنّ هذا المنصب يكون لله أوّلاً وبالذات ، ثمّ منه للرسول ومنه للإمام عليه السلام ، فجاء التعبير عن ذلك بأنّ الخمس لله وللرسول ولذي القربى ؛ ليكون في ذلك إشارة إلى مصداق هذا المنصب ومن ينحصر فيه ، وأنّه ينتقل بنحوٍ طولي بين العناوين الثلاثة ، فهو ملك وحداني لهذا المنصب الذي يكون طولياً بين العناوين الثلاثة الأُولى . وأمّا الأصناف الثلاثة الأُخرى ـ أعني اليتامى والمساكين وابن السبيل ـ فقد ذكرت لبيان مصارف هذا الحق ، وأنّ جعله للإمام ليس من جهة الاستئثار والنفع الشخصي له ، بل من أجل الصرف في شؤون الولاية والحاكمية ، والتي ترجع إلى المحتاجين والمعوزين من الناس .

ولتوضيح هذا المدّعى وإثبات إمكان استفادته من الآية والروايات ، نتكلم تارة في مفاد الآية الشريفة ، وأُخرى في مفاد الروايات المتعرضة لقسمة الخمس .

أمّا الحديث عن مفاد الآية : فالظاهر الأوّلي للعطف وإن كان قد يقتضي الاشتراك في الملكية المفادة بظهور اللام ـ فتكون هناك سهام ستة من حيث الملكية ـ إلّا أنّ هناك عدة نكات وقرائن لبّية ولفظية بملاحظتها لا يتم الظهور المذكور ، بل يكون مدلول الآية وحصيلتها ما ذكرناه . فمن هذه النكات والقرائن اللبية :

١ ـ إنّ المناسبة العقلية والعقلائية لا تستسيغ جعل الملكية الاعتبارية لله سبحانه بما هو ذات مقدسة واجبة الوجود في عرض سائر السهام ، فلابد وأن يكون المتفاهم والمقصود من جعله لله إمّا جعله في سبيله ؛ أي ملكاً لجهة سبيل الله ، وهذا خلاف الظاهر جدّاً ، ولم يقل به أحد من الفقهاء ، أو جعله لحيثية وشأن من شؤونه المناسبة عرفاً وعقلائياً ، وهو شأن حاكمية ومنصب ولايته الذاتية على شؤون الناس والمجتمع ؛ فإنّه لا حكم إلّا لله كما يؤكد القرآن والإسلام

على ذلك كثيراً . فيكون المالك شخصية قانونية حقوقية هي منصب الولاية لله ، لا شخصية حقيقية وهي ذات الله سبحانه وتعالى ، وهذا هو المتعيّن بحسب المرتكزات والمناسبات المتشرّعية المستوحاة من مفاهيم القرآن الكريم والعقائد الأساسية التي يؤكد عليها الإسلام في أحكامه وتشريعاته الاجتماعية والاقتصادية دائماً .

ومما يؤيد ذلك عطف الرسول وذي القربى بمعنى المعصومين ـ على ما سوف يأتي البحث عنه في النقطة الثانية ـ على الله ؛ فإنّ هذا العطف في القرآن الكريم إنّما يكون عادةً للدلالة على الولاية والحاكمية الطولية ؛ لأنّ الرسول ومن بعده الإمام خليفة الله في أرضه وممثّله في الحكم والولاية ، ولا ولاية ولا حق لحاكمية أحد على أحد من غير ناحية الله سبحانه .

فالحاصل : هذا السياق وهذا التسلسل في سائر الاستعمالات القرآنية إنّما يكون عادةً للدلالة على أنّ الحاكمية والولاية لا تكون إلّا لله وللمبعوث المنصوب من قبله وهو الرسول والإمام ، وأنّ هناك طولية بين العناوين الثلاثة لا عرضية ـ وهذا ما أكّدته الروايات الخاصة أيضاً التي سوف تأتي الإشارة إليها ـ فيكون مفاد الآية في نفسها أنّ الخمس ملك لمنصب الحاكمية والولاية ، والتي تكون أوّلاً وبالذات لله سبحانه ، وفي طوله لمن بعثه ونصبه وهو الرسول والإمام ، وقد يشعر تقديم « لله » في قوله سبحانه : ﴿ فإِنَّ للهِ خُمُسَه ﴾ بذلك أيضاً .

وعلى ضوء هذا الفهم لصدر الآية ـ أي للعناوين الثلاثة الأُولى فيها ـ سوف لا يبقى ظهور للعناوين الثلاثة الأُخرى في ذيل الآية في المشاركة العرضية مع الحاكم في ملكية الخمس ، خصوصاً إذا لاحظنا حذف اللام وعدم إدخالها عليها ، بل طولية العناوين الثلاثة الأُولى بنفسها تناسب مصرفية العناوين الثلاثة الأخيرة وطوليّتها ، بمعنى كونها بنظر الحاكم وتشخيصه في مقام صرف الخمس .

ومما يؤكد هذا الاستظهار ورود نفس التعبير ﴿ **لِلّهِ وللرَّسولِ** ﴾ في آية الأنفال وآية الفيء ، مع وضوح أنّ الأنفال والفيء ملك لمنصب الحاكمية والإمامة ، كما هو ظاهر الآية وصريح الروايات ، بل في آية الفيء ذُكرت نفس العناوين الواردة في آية الخمس ، مع تقديم ﴿ **لِلّهِ** ﴾ في آية الخمس على الخمس وتأخيره عن الفيء في آية الفيء . ولا ينبغي الإشكال في ظهور آية الفيء في بيان أنّ الأصناف المذكورة فيها مصرف للفيء لا أكثر ؛ لما في صدرها من التعبير بقوله تعالى : ﴿ **وما أفاءَ اللهُ على رسولِهِ منهم فما أَوْجَفْتم عليه من خَيلٍ ولا رِكابٍ ولٰكنَّ اللهَ يُسلِّط رُسلَه على مَن يشاء...** ﴾ [(١)] ؛ فإنّه كالصريح في أنّ الفيء مما أفاءه الله وأرجعه على رسوله ، حيث إنّ الأموال لله خلقها للمؤمنين بالأصل ، كما أنّ التعبير بتسليط الرسول عليها أيضاً دال على أنّها راجعة إليه ، لا إلى المقاتلين والمسلمين . فهذه النكات في صدر الآية الأُولى من الفيء واضحة الدلالة على أنّ الفيء لله وللرسول بالمعنى الذي ذكرناه ، فيكون ذكر الأصناف في ذيل الآية الأُخرى لبيان المصارف المقررة للفيء الذي جعله الله للنبي بما هو ولي وحاكم من قبل الله على الناس .

كما يشهد بذلك أيضاً ما جاء في ذيل الآية من حكمة أو علّة هذا التقسيم ، وهو قوله تعالى : ﴿ **كَي لا يكونَ دُولةً بينَ الأغنِياءِ منكم** ﴾ [(٢)] ؛ فإنّ هذا الهدف من الغايات والسياسات التي تكون من مسؤوليات الحاكم في المجتمع ، وهي تُناسب كونَ الأصناف مجرد موارد للصرف من أجل تحقيق هذا الهدف . وكذلك ما ورد بعد ذلك من قوله تعالى : ﴿ **للفُقراءِ المُهاجِرينَ...** ﴾ [(٣)] ، ومنه يعرف أنّ الهدف من الخمس ذلك أيضاً .

[انظر : الملحق رقم (١)]

---

(١) الحشر : ٦ .

(٢) الحشر : ٧ .

(٣) الحشر : ٨ .

وأمّا الحديث عن مفاد الروايات الخاصة : فقد استند المشهور في إثبات التقسيم إلى عدة روايات ؛ كمرسلة حماد المعروفة [١] ، ومرسلة ابن بكير [٢] ، ومرسلة أحمد بن محمّد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث [٣] (والمظنون أنّها مرسلة حماد نفسها بطريق أحمد بن محمّد بن عيسى) وما جاء في تفسير النعماني في « رسالة المحكم والمتشابه » [٤] ، وصحيح ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا أتاه المغنم أخذ صفوه وكان ذلك له ، ثمّ يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمسه ، ثمّ يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه ، ثمّ قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس ، يأخذ خمس الله عزّ وجلّ لنفسه ، ثمّ يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، يعطي كل واحد منهم حقاً . وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول صلى الله عليه وآله وسلم » [٥] .

فاستدلوا بها على التقسيم في ملكية الخمس ، غاية الأمر أنّ المشهور حَمَل ما ورد في صحيح ربعي ـ من أنّه يقسم إلى خمسة سهام ـ على أنّه قضية خارجية من النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فلا ينافي كون السهام بالأصل ستة ، خصوصاً إنّ الوارد فيه حذفُ سهم الرسول ، وهو ممّا لم يقل به أحد .

لكن الظاهر أنّ هذا الاستدلال نشأ من الجمود على بعض الدلالات اللفظية في هذه الروايات مفصولاً عن ملاحظةِ مجموعة من القرائن اللبّية والارتكازية

---

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٨ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٣٥٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٩ .

(٤) المصدر السابق : ٣٦٠ ، ح ١٢ .

(٥) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٣ .

المتصلة، وملاحظةِ سائر الروايات والقرائن المنفصلة، ونحن فيما يلي نشير إلى أهمّ الدلائل التي بملاحظتها لا يبقى شك في أنّ الاستظهار المذكور بدويّ؛ يزول بمجرد النظر في الأُمور التالية:

الأمر الأوّل: لا إشكال في أنّ الروايات المذكورة ناظرة إلى الخمس المشرّع في الآية المباركة، والذي كان فريضة خطيرة وواضحة من فرائض الإسلام، وقد تقدّم أنّ ظاهر القرآن الكريم هو أنّه قد شرّع فريضة الخمس بعنوان كونه من شؤون الولاية والحاكمية لله وللرسول، فهو حق الإمارة ومنصب الولاية يصرفه الحاكم في الموارد التي لم يُقرَّر لها شيء ثابت، وكل ما يكون من نوائبه وشؤون الحكم والإدارة. وقد كان هذا المطلب ـ نتيجة تصريح الآية الشريفة به وممارسة النبي ﷺ لتنفيذه كراراً ـ أمراً مركوزاً و واضحاً في ذهن المسلمين، حتى إنّه قد ورد التعبير في جملة من كتب الخاصة والعامة بأنّ الخمس حق الإمارة، وأنّ السهام المذكورة والبحث عنها إثباتاً ونفياً إنّما كان بعنوان المصارف المقررة من قِبل الشارع، وهذه قرينة لبّية متصلة بجميع الروايات التي تتعرض للسهام المذكورة في الآية، تَصرِف ظهورَها إلى البحث عن المصرفية لا الملكية، فهي تريد التأكيد على أنّ الخمس كله راجع إلى الإمام، وأنّ المصارف المقررة له تكون بنظره، وأنّه ليس راجعاً إلى كل الفقراء والمساكين كما في الزكاة، بل راجع إلى الإمام وشؤونه، وحتى الفقراء والمساكين وأبناء السبيل المذكورة في الآية يراد بها قرابته وأهل بيته؛ تكريماً لهم عن غيرهم، واعتبار شأنهم من شؤونه ومسؤولياته.

والحاصل: بملاحظة هذه النكتة لا يتم أصل الاستظهار الذي ذكره المشهور في روايات الباب، بل يكون ظاهرها إمضاء نفس ما ذكرته الآية المباركة ـ من أنّ الخمس بتمامه للإمام يصرفه فيما ذكر ـ لا أكثر.

الأمر الثاني: السيرة القطعية المتشرّعية القائمة على أنّ الخمس كله كان يدفعه الشيعة إلى الأئمة عليهم السلام أو وكلائهم، ولم يكن يتعاملون معه ولا مع نصفه تعامل

الزكاة ؛ من الصرف على الفقراء من بني هاشم رغم وجودهم واحتياجهم ، خصوصاً في ظروف التقية والمحنة وفي العصور المتأخرة من حياة الأئمة عليهم السلام ، فلو كان نصف الخمس ملكاً لجهة الفقراء السادة ، لانعكس هذا بشكل واضح في ارتكاز المتشرّعة وعملهم ، بل لو فرض عدم الولاية للمكلّف على صرف هذا الحق على الفقير ـ بخلاف الزكاة ـ وأنّ صرف سهم السادة يكون منوطاً بإذن الإمام عليه السلام ؛ لانعكس ذلك أيضاً في مجال العمل ، ولأصبح واضحاً أو مركوزاً نتيجة الابتلاء الكثير بهذه الفريضة ، كما انعكس اليوم وفي أزمنتنا المتأخرة طبقاً لفتوى المشهور بالتنصيف ، مع أنّا لا نجد ذلك حين نراجع وضع المتشرّعة في زمن الأئمة عليهم السلام وبدايات عصر الغيبة ، بل نجد ارتكازاً معاكساً تماماً وأنّ المتشرّعة كانوا يرون الخمس بتمامه حقاً للإمارة والولاية بحيث لابدّ من إيصاله إلى الإمام أو وكيله وبابه ، حتى ذهب كثير من قدماء الأصحاب بعد تحقق الغيبة الكبرى إلى لزوم حفظ الخمس والإيصاء به أو كنزه ودفنه إلى أن يظهر الإمام الحجة (عج) فيسلّم إليه أو يستخرج كنوز الأرض ، وهذه الفتوى وإن عدل عنها الفقهاء تدريجاً ـ بعد تطور الأبحاث الفقهية ، وتأمُّلِ الأصحاب في صحتها ونتائجها الباطلة ، وظهورِ أنّ هذا الحق لم يكن حقاً وملكاً شخصياً للإمام عليه السلام لكي يُحفظ ، وإنّما هو حق المنصب والمقام من أجل الصرف في موارده المقررة ، فاتّجهت الفتاوى إلى التأكيد على لزوم صرفه في تلك المصارف ؛ إمّا بصرفه من قِبل المكلف نفسه على السادة الفقراء والمحتاجين ، فيكون أقرب إلى تلك المصارف المقررة ، كما ذهب إليه الشيخ في بعض كتبه [1] ، أو بصرفه فيما يعلم ويحرز رضى الإمام (عج) به ، أو بإعطائه إلى الفقيه الجامع للشرائط باعتباره ولياً وحاكماً شرعيّاً في عصر الغيبة على سائر اُمور الحسبة وما تحتاج إلى الإذن من الإمام ، وبهذا اندثرت تلك الفتوى الساذجة الغريبة

(١) النهاية : ٢٠١ .

التي صدرت من جملة من فقهاء بدايات عصر الغيبة الكبرى ـ إلّا أنّ نفس صدورها يعكس ما نريده في مسألتنا هذه ؛ من أنّه لم يكن المركوز لدى الفقهاء ـ فضلاً عن المتشرّعة ـ ما ذهب إليه السيد اليزدي ﷺ وغيره من أنّ نصف الخمس ملك للسادة الفقراء يصرفه المكلف عليهم كالزكاة ، وإنّما المرتكز رجوع الخمس بتمامه إلى الإمام وأنّ الصرف على فقراء السادة يكون بنظره ومتروكاً إليه كسائر المصارف والنوائب ، وهذا قد نجعله دليلاً مستقلاً على أصل الحكم برجوع الخمس بتمامه إلى الإمام ملكاً ، أو ولايةً على الأقل ، وقد نجعله قرينة لبّية محفوفة بالروايات تجعل التقسيم الوارد فيها يراد به التقسيم في المصرف المتروك إلى نظر الإمام (عج) ، لا الملك المباشر .

وممّا يؤيد هذه القرينة ويعززها التسالم الفقهي على عدم وجوب البسط على العناوين الثلاثة ، مع أنّه لو كان المراد من ذكرها في الآية والروايات التقسيم في الملكية ، لزم البسط عليها على الأقل وإن لم يجب البسط على أفراد كل صنف ، على ما سوف نشير إليه في محله .

الأمر الثالث : لا إشكال في أنّ نصف الخمس إنّما جُعل لقرابة الرسول وبني هاشم ـ بدلاً عن الزكاة التي حُرّمت عليهم ـ تكريماً لهم عمّا في أيدي الناس ، وهذا ـ مضافاً إلى وروده في جملة من روايات الفريقين ـ لعله من المسلّمات والبديهيات الفقهية والإسلامية . وهذه الكرامة ليست مسألة اعتبارية أو مجرد تسمية ولفظ ، وإنّما تعني أنّ قرابة الرسول لأجل هذه النسبة ولأجل تكريم الرسول ﷺ قد جُعلوا مستغنين عمّا في أيدي الناس ، فلا يأخذ الفقير منهم المال من أيدي الناس ليكون من أوساخهم ـ كما جاء التعبير به في بعض الروايات ـ كالزكاة حيث جُعلت للفقير من مال الغني ، وإنّما يأخذه من الإمام ومن الله الذي هو مالك كل شيء ، فالخمس ينتقل من المستفيد للمال إلى الله والرسول والإمام ، ثمّ هو يصرفه على موارده والتي منها سدّ حاجات قرابة الرسول من بني هاشم ، فيكون الانتقال إليهم

من كيس الإمام وملكه لا من ملك الغني الذي عليه الخمس ، وهذا يعني أنّ حيثية التكريم المسلّمة بنفسها تعيّن أن يكون الخمس بتمامه ملكاً لمنصب الإمامة والولاية وحقاً للإمارة ، وإلّا فلو كان نصفه ملكاً للفقراء من بني هاشم من كيس الغني ، كالزكاة التي هي ملك لجهة الفقراء من غير بني هاشم ؛ لم يبقَ فرق بين الفقير الهاشمي وغيره من حيث أخذه لحقّه من الغني ابتداءً ، فأيّ تكريم في البين ؟ ! وكيف لم يكن الخمس لبني هاشم من الأوساخ أو ممّا في أيدي الناس ؟ ! ومجرد تسمية أحدهما بالزكاة والآخر بالخمس لا يغيّر الواقع شيئاً ، على أنّ عنوان الزكاة أو الصدقة يطلق عليهما معاً ، كما ورد ذلك في صحيحة ابن مهزيار الطويلة وغيرها من الروايات ، وكما هو مفهومها اللغوي .

وهذا أيضاً يشكّل قرينة لبيّة وفهماً عامّاً مانعاً عن استظهار التقسيمِ في الملكية من الروايات ، وانتقالِ نصف الخمس ابتداءً من كيس الغني إلى الأصناف الثلاثة من بني هاشم .

الأمر الرابع ـ وهو أهمّ القرائن ـ : دلالة طوائف عديدة من الروايات على أنّ الخمس بتمامه ملك لجهة الإمامة :

منها : أخبار التحليل المتقدمة ضمن الأبحاث السابقة ، فانّها كانت صريحة في أنّ الخمس كله للإمام ، أو لفاطمة عليها‌السلام ولمن يلي أمرها من بعدها من ذرّيتها الحجج ، أو لنا أهل البيت ، عليهم‌السلام ، ولهذا حلّلوه لشيعتهم ، وهذا يلازم ـ عرفاً وعقلائياً ـ كونَهم مالكين لتمامه ، ولهذا استشكل بعضهم في عموم التحليل ، وحملوا الأخبار على تحليل نصف الخمس فقط وهو سهمهم .

ولكنك عرفت فيما سبق أنّ هذا خلاف إطلاق بل صريح تلك الروايات ، وحمل ذلك على الرجوع إليهم من باب الولاية خلاف ظاهرِ التعبيرات المذكورة فيها بل صريحِ بعضها ؛ من التعبير بالتحليل على الشيعة والتحريم على أعدائهم ، كما لا يخفى على من راجعها .

ومنها : ما ورد في أخبار تخميس المال المختلط من التعليل بأنّ الله سبحانه قد رضي من الأشياء بالخمس ، وهو ظاهر في أنّ الخمس ملك لله سبحانه ، بالمعنى المتقدم شرحه في الآية . وقد ورد نفس التعبير في ذيل روايات الأمر بالوصية واستحباب الإيصاء بالخمس من التركة [١] .

ومنها : ما ورد في بعض الروايات كمرسلة حماد [٢] من أنّ للإمام بعد الخمس الأنفال ، المشعر بأنّهما من باب واحد ، ومن الواضح أنّ الأنفال ملك للإمام بما هو إمام .

ومنها : صحيحة ابن مهزيار [٣] الطويلة ، فإنّ ظاهرها ـ صدراً وذيلاً ـ أنّ الخمس بتمامه حق الإمام ، وأنّ عدم دفعه تقصير من مواليهم في حقّهم ، وأنّه لابد من إيصاله بتمامه إليه ، ومن كان بعيد الشقّة لابدّ أن يوصله إلى وكلائه .

ومنها : صحيحة البزنطي عن الرضا عليه السلام ، قال : « سئل عن قول الله عزّ وجلّ ﴿ **واعلَموا أنّما غَنِمتم من شيء فأنّ لله خُمسَه وللرسولِ ولذي القربى** ﴾ ، فقيل له : فما كان لله فلمن هو ؟ فقال : لرسول الله ، وما كان لرسول الله فهو للإمام . فقيل له : أفرأيت إن كان صنف من الأصناف أكثر وصنف أقل ما يصنع به ؟ قال : ذاك إلى الإمام ؛ أرأيت رسول الله كيف يصنع ؟ أليس إنّما كان يعطي على ما يرى ؟ ! كذلك الإمام عليه السلام » [٤] .

فإنّها ظاهرة في أنّ الخمس بتمامه يرجع إلى الإمام يصنع به على ما يرى ، وأنّ ذلك إليه حتى في أصل الصرف على الأصناف الثلاثة .

---

(١) انظر : الوسائل ١٣ : ٣٦٠ ـ ٣٦١ ، ب ٩ من أحكام الوصايا .

(٢) انظر : المصدر السابق ٦ : ٣٦٥ ، ب ١ من الأنفال ، ح ٤ .

(٣) انظر : المصدر السابق : ٣٤٩ ، ب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس ، ح ٥ .

(٤) المصدر السابق : ٣٦٢ ، ب ٢ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١ .

وهذه الطوائف من الروايات تكون معارضة مع الروايات المستدل بها للمشهور لو تمّت دلالة شيء منها ، وهي باعتبار صراحتها ووضوح مفادها في رجوع الخمس بتمامه إلى الإمام ؛ يكون مقتضى الجمع العرفي فيما بينهما بحمل الروايات التي استند إليها المشهور على إرادة التقسيم من حيث المصرفية لا الملكية .

الأمر الخامس : أساساً يمكن أن يدّعى بأنّ التقسيم والسهام في مثل هذه الأموال العامة في نفسه ليس له ظهور في تقسيم الملكية بل المصرفية ولو من جهة ارتكازية أنّ الأموال العامة ملك للعناوين الحقوقية والشخصيات القانونية ، كالدولة أو الإمام ، فيكون المنظور إليه كيفية الصرف لا بيان المالك من الناحية القانونية ؛ لأنّ كونها ملكاً لجهة الدولة أو جهة الفقراء والمساكين مع كون أمرها بيد ولي الأمر ؛ ليس بالمهم في مقام العمل والنتيجة النهائية المتوقعة من قِبل الناس ، وإنّما المهم ما ينبغي صرف المال إليه . وبنفس القرينة يمنع عن ظهور اللام في قوله عليه السلام : « لهم خاصة » في إرادة الملكية ، ويحمل على مطلق الاستحقاق والمصرفية ، وعدم الخروج عنهم إلى غيرهم نتيجةً . فلا مقتضي لأصل الاستظهار المشهوري من هذه الروايات في نفسه .

الأمر السادس : إنّ أكثر هذه الروايات ورد فيها تعابير تدل على أنّ المقصود إرجاع الخمس بتمامه إلى الإمام ، وحرمة إعطاء أي مقدار منه للحكام الجائرين ، وأنّ هذا الحق المالي المفروض على المكلّفين ليس كسائر الصدقات ممّا يمكن أن يعطيه المكلّف إلى الفقير أو إلى الحكام والولاة الظالمين ، وإنّما هو خاص بالإمام وأهل بيته ، من قبيل قوله : « ما كان لله وللرسول فهو للإمام عليه السلام » ، أو « إنّ الخمس لله وللرسول ولنا » بعد ذكر التسهيم ، أو « ما كان لليتامى والمساكين فيتاماهم ومساكينهم ، ولا يخرج منهم إلى غيرهم » ، أو « الخمس من خمسة أشياء ، فالذي لله فلرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فرسول الله أحق به ، فهو له خاصة ، والذي للرسول هو لذي

القربى والحجة في زمانه ، فالنصف له خاصة ، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمّد صلى الله عليه وآله وسلم » .

والتعبير بـ« آل محمّد » أو « أهل البيت » أو « لنا » كناية عن المعصوم ، وليس مساوقاً مع التعبير بـ« بني هاشم » كما هو واضح ، أو قوله عليه السلام : « لولي الأمر من بعد رسول الله وراثة ، فله ثلاثة ؛ سهمان وراثة وسهم مقسوم له من الله ، وله نصف الخمس كملاً ، ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته » ، وهو اصطلاح خاص بالمعصومين عليهم السلام .

فبملاحظة هذه النكات الواردة في ثنايا هذه الروايات التي استند إليها المشهور ، لا يبقى مجال للشك في أنّ المراد من وراء هذه التعابير هو الردع عن أخذ الآخرين للخمس ، أو الردع عن صرفه في الفقراء والمساكين كسائر الصدقات ، أو إعطائه للحكام ، والتأكيد على اختصاصه بتمامه بأهل البيت ولزوم إعطائه إلى الإمام ليصرفه حيثما يرى ويشاء ، فليس التعبير بأنّ نصفه لمساكين أو يتامى أهل البيت من أجل بيان أنّ نصف الخمس لهم في قبال الإمام المعصوم ، بل لهم في قبال غيرهم من الناس أو من الحكام ، وكم فرق بين المطلبين ! فإنّه إذا كان الحصر والتخصيص بلحاظ الإمام أمكن دعوى ظهوره في التقسيم من حيث الملكية ، وأمّا إذا كان التخصيص باللحاظ الثاني فلا موجب للظهور المذكور أصلاً ؛ بمعنى أنّنا حتى إذا تحفّظنا على ظهور اللام في الملكية في قوله عليه السلام : « لهم خاصة » مع ذلك لا يكون المراد بمرجع الضمير الأصنافَ الثلاثة من بني هاشم في قبال الإمام ، بل المراد به الإمام وأهل بيته وأنّ الخمس فيهم خاصة ، كما ورد نفس التعبير في بعض الروايات بالنسبة لأصل الخمس والأنفال ، فلا يمكن أن يعطى لغير الإمام ، وهذا لا ينافي كون الخمس بتمامه ملكاً للإمام ، وتكون الأصناف من بني هاشم من المصارف المخصّصة للصرف عليهم بإذن الإمام ونظره . وبهذا تكون الروايات على عكس مدّعى المشهور أدلّ ، كما لا يخفى .

مناقشة أُخرى مع المشهور :

ثمّ إنّ لنا كلاماً آخر مع المشهور حتى على تقدير التسليم بظهور الآية أو الروايات في التقسيم بلحاظ الملكية .

وحاصله : إنّه لا إشكال في أنّ ملكية الأصناف الثلاثة لنصف الخمس طرفها ومالكها جهة السادة الفقراء واليتامى وأبناء السبيل لا أشخاصهم الحقيقيين ؛ أي الملكية هنا كالنصف الأوّل تكون للشخصية القانونية الحقوقية لا الحقيقية ، وعندئذٍ يكون مقتضى القاعدة الأولية ـ على ما سوف يأتي شرحها ـ ألّا يكون لأحد ، حتى المكلف بالخمس ، الولاية على التصرف فيه حتى بدفعه إلى أفراد ومصاديق تلك الجهة ؛ فإنّ هذا تصرّف في مال الغير يحتاج إلى إذن وليّ ذلك المال ، وحيث لا دليل على إعطاء الولاية في ذلك إلى المكلف فلا يجوز ذلك إلّا للولي العام ، وهو الإمام أو نائبه . ولا يقاس المقام بالمال الراجع إلى الأشخاص الحقيقيين .

هذا مضافاً إلى صراحة الروايات التي استند إليها المشهور في أنّ أمر النصفين كليهما راجع إلى الإمام يتصرف فيه كيف يشاء وبحسب ما يراه من المصلحة ، بل لعل السيرة العملية المتشرّعية منعقدة على هذا المعنى ؛ فإنّ رجوع الشيعة في تمام الخمس وإعطائه بكامله إلى الأئمة أو وكلائهم ممّا لا يمكن إنكاره ، كما أشرنا إليه آنفاً ، وهذا يعني أنّنا حتى إذا استظهرنا التقسيم في الملكية لابدّ من المصير إلى أنّ كلا النصفين راجع إلى الإمام ؛ أحدهما من حيث الملك والآخر من حيث الولاية ، ولا يجوز للمكلف التصرّف في شيء منهما بدون إذنه .

فمن الغريب جداً أن يفتي المشهور بأنّ نصف الخمس يكون حاله حال الزكاة يصرفه المكلّف على السادة الفقراء ؛ فإنّ هذا ـ مضافاً إلى كونه خلاف القاعدة الأولية ـ خلاف صراحة هذه الروايات ، وكأنّ المشهور تعاملوا مع هذا المال كما يتعامل مع المال الراجع إلى الشخص الحقيقي ، والذي ترتفع عهدة المكلف عنه

بمجرد تسليمه إلى صاحبه . نعم استشكل بعضهم في المقام من ناحية كيفية إفراز نصف الخمس وتعيينه بعد أن كان مشتركاً ومشاعاً ، فاشترط الإذن من الحاكم الشرعي في الإفراز وتعيين السهم خارجاً ، وأمّا إعطاؤه للمستحق فلا يحتاج إلى إذن منه على القاعدة ، مع وضوح أنّ قياس الأموال الراجعة إلى الجهات العامة والشخصيات القانونية ـ والراجعة إلى الناس عموماً ـ على الأموال الراجعة إلى الأشخاص الحقيقيين ، قياس مع الفارق ، وسوف يأتي مزيد توضيح لهذه النقطة في مسألة قادمة .

والحاصل : إنّنا لو تنزّلنا وقبلنا التقسيم في الملكية أيضاً ، يكون الخمس بكلا قسميه تحت ولاية الإمام خاصة ، فلا يجوز صرف شيء منه حتى سهم السادة عليهم من قِبل المكلف ، بل لابد من أن يكون الصرف من قِبله أو بإذنه ، وفي عصر الغيبة ـ بناءً على ثبوت الولاية للفقيه الجامع للشرائط ولو من باب الحسبة ـ لابدّ من المراجعة فيه إلى الحاكم الشرعي جزماً .

وأمّا البحث في النقطة الثانية :

أي البحث في المراد من السهام ؛ فقد عرفت أنّ المشهور إرجاع السهام الثلاثة الأُولى إلى الإمام (أرواحنا فداه) ، والسهام الثلاثة الأخيرة إلى جامع فقراء السادة ، وهذا يعني تقييد ذي القربى في الآية بالإمام المعصوم عليه السلام ، وتقييد الأصناف الثلاثة بالهاشمي بالخصوص . ويمكن استفادة هذا المعنى الذي ذهب إليه مشهور فقهائنا من مرسلة حماد ومرفوعة أحمد بن محمّد ـ المتقدمتين ـ ومرسلة ابن بكير وغيرها ، إلّا أنّ هذه الروايات تقدم أنّ كلها غير نقيّة السند ، لولا دعوى الاطمئنان بصدور بعضها إجمالاً .

وقد نُسب الخلاف في ذلك إلى ابن الجنيد ، حيث ادّعي أنّه يرى عموم ذي القربى في الآية لكل قرابة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، وعموم اليتامى والمساكين وابن السبيل لغير الهاشميين أيضاً . ولا إشكال في أنّ مقتضى الإطلاق والظهور الأوّلي للآية

ـ مع قطع النظر عن إعمال القرائن الخاصة ـ هو ما نُسب إلى ابن الجنيد ، بحيث لابدّ في مقام الخروج عنه من دليل على التقييد بلحاظ عنوان القربى والأصناف الثلاثة . وفيما يلي نتعرض إلى ما يمكن أن نثبت به دعوى التقييد في كل من العنوانين :

أمّا الدعوى الأولى ـ أعني اختصاص ذي القربى بالإمام ـ: فيمكن إثباتها بصراحة جملة من الروايات المتقدمة في النقطة الأُولى في ذلك ، وفيها ما كان معتبراً سنداً ؛ كصحيح البزنطي ومعتبرة ريّان بن الصلت ومحمّد بن مسلم ، كما يظهر لمن راجعها وتأمل فيها ، بل يمكن دعوى استفاضة مجموع ما دلّ من الروايات المعتبرة على هذا التفسير للآية . هذا مضافاً إلى أنّ ظاهر التعبير بذي القربى في آية الخمس بل وفي جميع الآيات المشابهة يناسب إرادة المعنى الخاص ؛ فإنّ اصطلاح ذي القربى في الآيات الكريمة أصبح ـ ولو نتيجة تطبيق النبي ﷺ خارجاً ـ اصطلاحاً قرآنياً في خصوص المعصومين عليهم السلام من أهل بيت النبي ﷺ والذي قد أُمرنا بمودّتهم وإطاعتهم (١) ، وقد قرن ذكرهم في آيات عديدة مع اسم الله والرسول ، ومنها آية الخمس والفيء ، وقد أصبح عنوان ذي القربى كالحقيقة الشرعية أو الاصطلاح القرآني والنبوي في هذا المعنى ، بحيث إنّ من يتتبع التاريخ والروايات يجد أنّ اللفظ المذكور كان ينسبق منه خصوص هذا المعنى إلى الذهن المتشرّعي ، بل هناك روايات كثيرة (٢) في تفسير الآيات المشتملة على لفظة ذي القربى بأنّ المراد منه خصوص المعصومين من آل النبي ـ صلوات الله عليهم أجمعين ـ ، ولعل عنوان ذي القربى لا يناسب في الموارد المذكورة إلّا القضية الخارجية الخاصة لا الحقيقية ، بل لا يصدق قريب النبي ﷺ عرفاً على كل

---

(١) انظر قوله تعالى : ﴿**قل لا أسألكم عليه أجراً إلّا المودّة في القربى**﴾ الشورى : ٢٣ .

(٢) انظر : الوسائل ٩ : ٥٠٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس .

هاشمي جزماً ؛ لأن عنوان « قريب » أخصّ من مطلق المنسوب حتى المشترك معه في الجدّ الأعلى فلا يقال للإنسان اليوم : إنّه قريب آدم عليه السلام .

هذا مضافاً إلى أنّ سياق عطف ذي القربى على الله والرسول وإدخال اللام عليه في آية الغنيمة يناسب أن يكون المقصود منه مَن يكون مشتركاً مع العنوانين الآخرين في الحيثية والجهة القانونية المالكة للخمس ـ بعد استظهار إرادة ذلك من العنوانين الأوّليّين ـ وقد ذكرنا في النقطة السابقة أنّ تلك الجهة هي جهة الحاكمية والولاية ، وهي خاصة بالمعصومين من أهل بيت النبي ـ صلوات الله عليهم أجمعين ـ ، ولهذا أيضاً لم يقيّد ذلك بالفقر ، مع أنّه إذا كان المقصود منه مطلق قرابة النبي صلى الله عليه وآله وسلم من بني هاشم كان لابدّ من تقييده بالفقر ونحوه ؛ لارتكازية أنّ مصرف الخمس والفيء يكون مشروطاً به .

وأمّا الدعوى الثانية ـ أعني اختصاص الأصناف الثلاثة بالهاشميين ـ : فلا ينبغي الإشكال في عموم الأصناف الثلاثة في آية الخمس بحسب ظاهر اللفظ لغير الهاشمي ، وأوضح منها في العموم الأصناف الثلاثة في آية الفيء ؛ لما ورد في ذيلها من التعليل بقوله تعالى : ﴿ **كَي لا يكونَ دُولةً بينَ الأغنِياءِ منكم** ﴾ ؛ فإنّ هذا يناسب إرادة عموم المساكين والفقراء لا خصوص طائفة بني هاشم ، ولما ورد في الآية الأُخرى التي وردت عقيب آية الفيء ، وهي قوله تعالى : ﴿ **لِلفُقراءِ المُهاجِرينَ الذينَ أُخرِجوا مِن دِيارِهم وأموالِهم...** ﴾ .

إلّا أنّه بإزاء ذلك وردت طائفتان من الروايات ؛ إحداهما تدل على العموم ، والأُخرى تدلّ على التخصيص بالهاشمي : ـ

أمّا الطائفة الأولى ـ فأهمها ثلاث روايات :

١ ـ صحيحة محمّد بن مسلم المتقدمة ، فإنّه ورد في ذيلها أنّ المغنم والفيء بمنزلة واحدة ، وأنّ المراد باليتامى والمساكين فيها عموم الناس الفقراء ؛ حيث عبّر فيها أنّهم شركاء مع الناس في الباقي .

٢ ـ صحيحة ربعي عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال : « كان رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم إذا أتاه المغنم أخذ صفوه ، وكان ذلك له ، ثمّ يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمسه ، ثمّ يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه ، ثمّ قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس ؛ يأخذ خمس الله عزّ وجلّ لنفسه ، ثمّ يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، يعطي كل واحد منهم حقاً . وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم »[1] .

فإنّها تدل على أنّ النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم قد قسم خمس الغنيمة على اليتامى والمساكين وأبناء السبيل من غير ذي القربى ؛ لأنّها ذكرت في قبال سهم ذي القربى وأنّه أعطى كل واحد منهم حقاً . بل لا إشكال في أنّه لم يكن آنذاك مصاديق لهذه الأصناف من بني هاشم في المدينة .

وهناك رواية في تحف العقول ينقلها عن الإمام الصادق عليه‌السلام تشبه مضمون هذه الصحيحة أيضاً[2] .

٣ ـ رواية زكريا بن مالك الجعفي عن أبي عبد الله عليه‌السلام أنّه سأله عن قول الله عزّ وجلّ : ﴿ **واعلَموا أنّما غَنِمتم من شيء فأنّ لله خُمسَه وللرسولِ ولذي القربى واليتامى والمساكينِ وابنِ السبيلِ** ﴾ فقال : « أمّا خمس الله عزّ وجلّ فللرسول يضعه في سبيل الله ، وأمّا خمس الرسول فلأقاربه ، وخمس ذوي القربى فهم أقرباؤه وحدها ، واليتامى يتامى أهل بيته ، فجعل هذه الأربعة أسهم فيهم ، وأمّا المساكين وابن السبيل فقد عرفت أنّا لا نأكل الصدقة ولا تحلّ لنا ، فهي للمساكين وأبناء السبيل »[3] .

---

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

(٢) المستدرك ٧ : ٣٠٧ ، ب ٥ من أبواب الأنفال ، ح ٣ .

(٣) الوسائل ٦ : ٣٥٥ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١ .

والرواية منقولة في « الخصال » [١] و « المقنع » [٢] ، و « التهذيب » [٣] و « الغنية » [٤] ، وهي تناسب ما نُسب إلى ابن الجنيد من عموم القربى في الآية لكل بني هاشم ، وعمومِ المساكين وأبناء السبيل لغيرهم . إلّا أنّ زكريا بن مالك الجعفي لا طريق إلى توثيقه ، كما أنّ ما ورد في ذيلها ظاهر في أنّ سهم المساكين وابن السبيل صدقة ، وهذا غريب ؛ فإنّ عموم المسكين وابن السبيل لغير قرابة الرسول لا تجعله صدقة ، اللهم إلّا أن يكون المقصود مجرد بيان أنّ أخذهم للخمس ليس من باب كونهم مساكين وفقراء ، بل باعتبارهم أئمة .

وأمّا الطائفة الثانية ـ فأهمها :

١ ـ مرسلة حماد المعروفة ، وفيها : « ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته ؛ فسهم ليتاماهم ، وسهم لمساكينهم ، وسهم لأبناء سبيلهم ، يقسم بينهم على الكفاف والسعة . . . وإنّما جعل الله هذا الخمس لهم خاصة دون مساكين الناس وأبناء سبيلهم عوضاً لهم من صدقات الناس ؛ تنزيهاً من الله لهم لقرابتهم برسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وكرامةً من الله لهم عن أوساخ الناس ، فجعل لهم خاصة من عنده ما يغنيهم به عن أن يصيّرهم في موضع الذل والمسكنة . . . » [٥] .

٢ ـ مرسلة عبد الله بن بكير عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في قول الله تعالى : ﴿ **واعلَموا أنّما غَنِمتم من شيء فأنّ لله خُمسَه وللرسولِ ولذي القربى واليتامى والمساكين وابنِ السبيلِ** ﴾ قال : « خمس الله للإمام ، وخمس الرسول للإمام ،

---

(١) الخصال : ٣٢٤ .

(٢) المقنع : ٥٣ ، ط ـ المكتبة الاسلامية .

(٣) التهذيب ٤ : ١٢٥ ، ب ٣٦ من أبواب أهل الخمس ومستحقيه ، ح ١ .

(٤) الغنية : ١٣٠ ، ط ـ مؤسسة الامام الصادق عليه السلام .

(٥) الوسائل ٦ : ٣٥٨ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٨ .

وخمس ذوي القربى لقرابة الرسول : الإمام ، واليتامى : يتامى الرسول ، والمساكين منهم ، وأبناء السبيل منهم ، فلا يخرج منهم إلى غيرهم »[١] .

٣ ـ مرسلة أحمد بن محمّد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : « الخمس من خمسة أشياء . . . ـ إلى أن قال : ـ فأمّا الخمس فيقسم على ستة أسهم : سهم لله ، وسهم للرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، وسهم لذوي القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل . فالذي لله فلرسول الله ؛ فرسول الله أحق به ، فهو له خاصة ، والذي للرسول هو لذي القربى والحجة في زمانه ، فالنصف له خاصة ، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمّد عليهم السلام الذين لا تحلّ لهم الصدقة ولا الزكاة عوّضهم الله مكان ذلك بالخمس »[٢] .

والمظنون أنّها مرسلة حماد الطويلة بنقل أحمد بن محمّد بن عيسى ـ كما أشرنا سابقاً ـ للتطابق بين مقاطعهما .

٤ ـ ما جاء في رسالة المحكم والمتشابه نقلاً عن تفسير النعماني بإسناده عن علي عليه السلام : « قال : الخمس يجري من أربعة وجوه : من الغنائم التي يصيبها المسلمون من المشركين ، ومن المعادن ، ومن الكنوز ، ومن الغوص . ويجري هذا الخمس على ستة أجزاء ؛ فيأخذ الامام منها سهم الله وسهم الرسول وسهم ذي القربى ، ثمّ يقسم الثلاثة السهام الباقية بين يتامى آل محمّد ومساكينهم وأبناء سبيلهم »[٣] .

٥ ـ ما رواه العياشي في تفسيره عن محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن قول الله عزّ وجلّ ﴿ **واعلموا انّما غنمتم من شيء فأنّ لله خُمسَه وللرسولِ ولذي القربى** ﴾ قال : هم قرابة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسألته : منهم اليتامى والمساكين

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٩ ، ح ٩ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦٠ ، ح ١٢ .

وابن السبيل ؟ قال : **نعم** » [(١)] .

ومثله روايتان أُخريان عن تفسيره ؛ إحداهما : عن إسحاق ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه‌السلام ـ وفيها أنّه جعلها الإمام في ذي القربى ـ والأُخرى : عن المنهال بن عمرو ، عن علي بن الحسين قال : « ليتامانا ومساكيننا وأبناء سبيلنا » [(٢)] .

وهذه الروايات كلها غير نقيّة السند . نعم توجد رواية أُخرى منقولة بسند معتبر عن إبراهيم بن عثمان ، عن سليم بن قيس قال : سمعت أمير المؤمنين عليه‌السلام يقول : « نحن والله الذين عنى الله بذي القربى والذين قرنهم بنفسه وبنبيّه ، فقال : ﴿ **ما أفاءَ اللهُ علَى رسولِه من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين** ﴾ ـ وفي نسخة أُخرى : ﴿ **واعلَموا أنّما غَنِمتم** ﴾ ـ منّا خاصة ولم يجعل لنا سهماً في الصدقة ، أكرم الله نبيّه وأكرمنا أن يطعمنا أوساخ ما في أيدي الناس » [(٣)] . **[انظر : الملحق رقم (٢)]**

ثمّ إنّه ورد هذا الحديث في نقل آخر : « فينا خاصة » ، فيحتمل أن يكون النظر فيها إلى سهم ذي القربى خاصة ، لا سهام الأصناف . هذا إلّا أنّ التعبير في الذيل بتحريم الصدقة عليهم ـ بعد فرض ثبوته في حق جميع بني هاشم ـ يكون قرينة على إرادة اختصاص الخمس بتمامه بهم ، فتكون الرواية ظاهرة في الاختصاص .

معالجة التعارض :

وبشأن التعارض بين هاتين الطائفتين ، قد يقال ـ انتصاراً للمشهور ـ بلزوم تقييد إطلاق الآية والطائفة الأُولى من الروايات بما ورد في الطائفة الثانية ، من الدلالة على تقييد الأصناف الثلاثة بمن لا تحلّ له الصدقة ، كما هو الشأن في كل دليل

---

(١) الوسائل ٦ : ٣٦١ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٣ .

(٢) الوسائل : ٣٦٢ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٩ ، ٢٠ .

(٣) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٤ . التهذيب ٤ : ١٢٦ ، ب ٣٦ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

مطلق مع ما يدل على تقييده بقيد زائد .

وفي قبال ذلك ، قد يقال بالتعارض بين الطائفتين ؛ لعدم إمكان تقييد الطائفة الأُولى بخصوص الهاشمي ؛ لصراحتها في العموم ، بل حتى الآية الكريمة قد يقال بعدم إمكان تقييدها بهذه الروايات ؛ لأنّها وإن كانت قضية كلية حقيقية ، إلّا أنّها طُبّقت خارجاً من قبل النبي ﷺ في غنائم بدر وغيرها من غزوات النبي ﷺ ، ومن المطمأن به أنّه لم يكن في بداية الأمر مساكين وأبناء سبيل ويتامى من بني هاشم في المدينة ، فيكون هذا أشبه بتقييد مورد نزول الآية وتطبيقها ، فتكون الطائفة الثانية متعارضة مع القرآن الكريم لا مقيّدة له .

على أنّ مثل هذا الحكم ، في نفسه ، قد يقال بأنّه غير عقلائي ومستبعد جداً ؛ فإنّه كيف يمكن أن يجعل نصف الخمس ـ الذي هو مورد مالي ضخم ـ لخصوص فقراء بني هاشم ، مع أنّ المجعول لجميع الفقراء والمساكين الآخرين سهم من مجموع ثمانية أو سبعة سهام من الزكاة ، والذي نسبته أقلّ من الخمس بكثير ؟ ! كما أنّ مورده بعض الأموال لا جميعها ، خصوصاً مع ما هو المشهور بيننا من عدم وجوب الزكاة في مال التجارة ، وما هو المعروف عند المتأخرين من عدم الزكاة في النقود الورقية .

ودعوى : أنّ اللازم إعطاء الفقير الهاشمي بمقدار رفع فقره ، والزائد يرجع إلى الإمام وبيت المال ، فلا محذور .

مدفوعة : بأنّ الإشكال والاستبعاد كان بلحاظ أصل تخصيص نصف الخمس ـ الذي هو ضريبة ضخمة الحجم ـ بهذا العنوان الذي لا يحتاج عادةً إلى مثل هذه الضريبة الضخمة ، فإنّ هذا خلاف حكمة التشريع وعقلائيّته ، ولم يكن الإشكال والاستبعاد من ناحية وصول المال إلى الفقير الهاشمي أكثر من حاجته ليُدفعَ بأنّ الزائد عن حاجة الفقير يرجع إلى الإمام سواءً في باب الخمس أو الزكاة ، فمثل هذا الحكم قد يطمأن بعدمه .

والإنصاف : أنّ هذه الاشكالات مما يصعب علاجها بناءً على ما ذهب إليه المشهور في النقطة السابقة من رجوع النصف من الخمس إلى الفقراء السادة بنحو الملك ، ومن هنا يمكن جعلها من القرائن أو المؤيدات على خلاف هذا القول . وأمّا بناءً على ما استظهرناه ـ من كونهم مصرفاً للخمس في عرض سائر شؤون الحكم والولاية ، بحيث لابدّ من رفع حاجتهم منه بدلاً عن الزكاة ـ فلا موضوع للإشكال من أساسه ؛ إذ غاية ما يلزم من التخصيص أنّ على الحاكم والوالي أن يرفع حاجة الفقراء ممن لا تحلّ عليهم الصدقة من الخمس ، مع كونه كسائر الأنفال ملكاً لمنصب الإمامة والحاكمية ، ولا محذور فيه لا عقلاً ولا عقلائياً ، بل هذا بحسب الحقيقة شأن من شؤون الرسول والإمام الذي جعل الخمس لولايته ومولويّته على أموال الناس وأنفسهم ؛ لأنّ بني هاشم منتسبون إليه ، فجعل حالهم حالَه وحالَ أهل بيته من حيث اعتبارهم جميعاً من شؤونه ؛ تكريماً لهذه النسبة ، فليس ذكر الأصناف إلّا لبيان سعة مصرف القربى ، حيث إنّ يتامى بني هاشم ومساكينهم وأبناء سبيلهم شأنهم شأن نفس الإمام من حيث حرمة الصرف عليهم من الزكاة ، فيصرف عليهم من وجه الإمارة وما يرجع إلى الإمام لا الصدقات ، وهذا هو المناسب ـ كما أشرنا إليه ـ مع تكريم الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والمنتسبين إليه وإغنائهم عما في أيدي الناس من الصدقات ، كما جاء في الأحاديث .

والحاصل : إنّه بناءً على ما سلكناه في النقطة السابقة ـ من كون الأصناف الثلاثة مجرد موارد للصرف عليها من الخمس من قِبل الإمام الذي يكون مالكاً لتمام الخمس ـ لا موضوع للإشكال في تخصيصها ببني هاشم ، أي من حرمت عليهم الصدقة ؛ لأنّ غيرهم من الأصناف المذكورة قد خصّص الله لهم الصدقات بقدر كفايتهم ، كما تصرح بذلك مرسلة حماد من الطائفة الثانية ، فلابدّ وأن يقصد بالأصناف الثلاثة ـ الذين يصرف عليهم الخمس ـ مَن بقي منهم غيرَ مشمول للزكاة .

بل لعل هذا كان مركوزاً في ذهن المتشرّعة بنحو يمنع عن شمول الإطلاق في الأصناف الثلاثة في آية الخمس لمن جعلت له الزكاة ، وهذا يعني أنّه إذا أُريد من دعوى التخصيص هذا المعنى ـ أي تشريع الخمس لمنصب الإمامة من أجل أن يصرف في نوائبه ، ومن جملتها الصرف على من حرمت عليه الصدقة والزكاة التي جعلها الله في أموال الأغنياء للفقراء بقدر الكفاية ، وهم المنتسبون إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ـ فهذا لا محذور فيه ولا استهجان ؛ لا عقلاً ولا عرفاً ، بل هو مقتضى المنطق والعدل ، ومنسجم مع ظاهر الآية ، ولا يقتضي تخصيص حق ضخم كبير لمصلحة أو جهة صغيرة لا تحتاج إلى ذلك ، كما أنّه لا ينافي جواز الصرف على فقراء غير بني هاشم من الخمس في حالات استثنائية قد يفرض فيها عدم كفاية الزكاة بسدّ حاجتهم ، فإنّ هذا أيضاً من نوائب الحكومة ومسؤوليات الحاكم الإسلامي .

وبهذا يُجمع بين الطائفتين ؛ فيحمل تطبيق النبي صلى الله عليه وآله وسلم في صحيح ربعي على ذلك ، وهو لا ينافي اختصاص الأصناف المذكورة بالهاشمي في الآية بعنوان أحد المصارف المقررة للخمس بالخصوص من قِبل الشارع ، بل قد يستفاد منه أولويّة وأحقّية صرف الخمس على الهاشمي الفقير من غير الهاشمي عند التزاحم ، فيقدّم الهاشمي ؛ إمّا مطلقاً أو في حال كفاية الزكاة لغير الهاشمي على الأقل .

وهكذا يتضح أنّه بناءً على ما اخترناه من كون الأصناف مجرد مصرف للخمس ، بنفسه يكون وجه جمعٍ بين الطائفتين من الروايات ، بخلاف ما إذا قلنا بمسلك المشهور من أنّ نصف الخمس ملك لجهة الأصناف ؛ فإنّه على هذا لا وجه عرفي للجمع بين الطائفتين ؛ إذ لا يصح صرف المال في غير الجهة المالكة له ، وهي الأصناف من بني هاشم بالخصوص ، حتى مع فرض عدم وجود مصداق لهم ؛ لأنّ المالك الجهة والعنوان الكلي لا المصاديق الخارجية ، فخروجه عن ملك الجهة بمجرد عدم وجود المصداق ـ فضلاً عن فرض وجوده وجواز دفعه لغير الهاشمي ـ

غير عرفي ، وإنّما يكون المتفاهم منه عرفاً عندئذٍ هو مصرفية تلك الجهة لا أكثر . ولعل مما يؤكد هذا المعنى ما ورد في مرسلة حماد من أنّ ما يفضل من حاجة الأصناف يرجع إلى الإمام .

ودعوى : ظهور قوله عليه السلام : « لهم خاصة » ، أو « لا يخرج منهم إلى غيرهم » في أزيد من مجرد الأولوية المذكورة ؛ لظهوره في عدم إمكان صرف شيء منه على غيرهم ، فيعارض الطائفة الأُولى على كل حال .

مدفوعة : بأنّ هذه التعبيرات يراد بها التخصيص بالأئمة عليهم السلام في قبال غيرهم ، والتأكيد على أنّ أمر الخمس راجع إليهم ، فليس النظر إلى كيفية الصرف من قِبل الإمام وتحديده ، وإنّما النظر إلى عدم جواز إعطائه لغيرهم ، كما هو واضح .

وهكذا يتلخص : أنّ تخصيص الأصناف الثلاثة بالهاشمي بالمعنى المتقدم ـ وهو اختصاص الصرف على الهاشميين من الأصناف الثلاثة بالخمس ، وكونه مجعولاً لأجل مثل هذه المصارف التي لا تشملها الزكاة ـ أمر معقول بناءً على ما سلكناه ، إلّا أنّ هذا لا يقتضي تخصيص الأصناف الثلاثة بقيد الهاشمي بعنوانه ، بل يمكن أن يكون القيد أعمّ من ذلك ؛ وهو مطلق من لا تشمله الزكاة وتحرم عليه ، أو مطلق حالات الفقر التي لا تكفي الزكاة والحقوق المقررة ابتداءً لهم لسدّها ، ومن المحتمل أن يكون هذا هو مقصود ابن الجنيد قدس سره من التعميم .

وعلى هذا المعنى يمكن فهم تطبيق النبي صلى الله عليه وآله وسلم وإعطائه لخمس غنائم بدر وغيرها من غزواته للفقراء والمساكين من غير بني هاشم ، وكذلك على هذا يمكن أن يُحمل جعلُ السهام خمسةً الواردُ في صحيح ربعي المتقدم ، وكذلك ما ورد في ذيل صحيح محمّد بن مسلم المتقدم من أنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين . . . ثمّ نحن شركاء الناس فيما باقي » ، فلا موجب لطرحه أو حمله على التقية أو غير ذلك ، فتدبر جيداً .

الملحق رقم [١]

وقد حاول بعض أساتذتنا العظام ـ دام ظله ـ [١] حمل آية الفيء الثانية [٢] على إرادة الغنيمة التي أفاء الله بها على رسوله من أهل القرى ولو بالقتال وبعد الغلبة ؛ بقرينة المقابلة مع الآية الأُولى ، ولم يذكر فيها أنّ ما يرجع إلى النبي أي مقدار مما غنمه المسلمون ، إلّا أنّ آية الغنيمة كشفت القناع عنه وبيّنت أنّ ما يغنمه المسلمون خمسُه يرجع إلى الأصناف الستة والتي وردت في كلتا الآيتين . وقد استشهد على ذلك بما جاء في صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : سمعته يقول : « الفيء والأنفال : ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء ، وقوم صولحوا وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة ، أو بطون أودية ؛ فهو كله من الفيء ، فهذا لله ولرسوله ؛ فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء ، وهو للإمام بعد الرسول . وأمّا قوله : ﴿ وما أَفاءَ اللهُ على رسولِهِ منهم فما أَوْجَفْتم عليهِ من خَيلٍ ولا رِكابٍ ﴾ قال : ألا ترى هو هذا ؟ ! وأمّا قوله : ﴿ ما أَفاءَ اللهُ على رسولِهِ مِن أهلِ القُرى ﴾ [٣] فهذا بمنزلة المغنم ؛ كان أبي يقول ذلك ، وليس لنا فيه غير سهمين ؛ سهم الرسول وسهم القربى ، ثمّ نحن شركاء الناس فيما بقي » [٤] .

---

(١) مستند العروة الوثقى : ٣٥١ ـ ٣٥٣ ، كتاب الخمس .

(٢) آيتا الفيء هما : ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلاَ رِكَابٍ وَلٰكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيءٍ قَدِيرٌ﴾ ، ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لاَ يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ الحشر : ٦ ـ ٧ .

(٣) الحشر : ٧ .

(٤) الوسائل ٦ : ٣٦٨ ، ب ١ من الأنفال ، ح ١٢ .

وفيه :

أوّلاً ـ إنّ حمل الآية على المغنم المأخوذ بالحرب والقتال يكاد يكون خلاف صريح السياق ؛ فإنّ التعبير بـ « ما أفاء الله » إنّما يكون للدلالة على أنّه لم يؤخذ بعمل المجاهدين والغازين ليكون لهم حق فيه ، وهذا واضح جداً . كما أنّ ذكر الفيء وتقسيمه على السهام الستة وإرادة الخمس منه أمر لا يستسيغه العرف ، فإنّه كيف يلحظ الخمس ولا يلحظ الأربعة أخماس التي هي النسبة الأكبر ؟! فإطلاق الفيء وإرادة خمسه ليس عرفياً جزماً .

هذا مضافاً إلى أنّ هذا التفسير خلاف التعليل الوارد في ذيل هذه الآية نفسها : ﴿ **كَي لا يكونَ دُولةً بينَ الأغنِياءِ منكم** ﴾ ؛ فإنّ هذا إنّما يناسب إذا لم يكن الفيء راجعاً إلى المقاتلين ، بل ذكره من أجل ذلك بحسب الحقيقة ، فإذا كان المقصود من الفيء خمس المغنم كان على خلاف التعليل ، بل لا موضوع لهذا التعليل في المغنم ؛ لعدم أهميتها وخطورتها لو قسمت على المقاتلين ، لاختصاصها بالمنقول فقط والذي يستحق المقاتلون أربعة أخماسه ؛ لكونها حصلت بالقتال بجهادهم وعملهم .

فالآية كالصريح في إرادة الفيء الاصطلاحي ؛ أي ما يؤخذ من الكفار بلا حرب وقتال . وما ذكر من المقابلة وذكر التقسيم السداسي فيه لا يمكن جعله قرينة على إرادة الخمس ؛ إذ لا مقابلة في البين ، بل الأمر بالعكس ، فالآية الأُولى توطئة وتمهيد للثانية ؛ حيث بيّنت أنّ ما أفاء الله على رسوله ليس راجعاً للمقاتلين ، لكونه مما لم يوجف عليه بخيل وركاب ، فمن الطبيعي أن يكون المالك له منصب الإمامة والحاكمية ، كما تبيّنه الآية الثانية .

فالأمر على العكس تماماً ، حيث تكون الآية الأُولى ممهّدة للثانية لا أنّها مقابلة لها ، كما أنّ ذكر الأصناف في الآية من جهة بيان المصارف وان جعل هذه الأموال للإمام والحاكم ليس من أجل غرض شخصي لهم بل من أجل مصلحة الفقراء

والمحتاجين . ومجرد كونها نفس المصارف المقررة في آية الخمس لا يكون قرينة على إرادة الخمس من الفيء ، كما هو واضح .

وثانياً ـ الرواية لا دلالة فيها على ما اُفيد ، بل على العكس أدلّ ؛ لما ذكر في ذيلها من التعبير بقوله : « بمنزلة المغنم » الدالّ على أنّه ليس نفس المغنم ، بل ما جاء بعد ذلك في ذيلها من أنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين . . . ثمّ نحن شركاء الناس فيما بقي » منافٍ لإرادة الخمس الذي يكون كله أو نصفه ـ أي ثلاثة أسهم منه ـ للإمام ، بحيث لابدّ من طرحها أو حملها على التقية ـ وقد يجعل التعبير بقوله عليه السلام : « كان أبي يقول ذلك » قرينة عليها ـ أو تأويلها ، ومن الواضح أنّه مع فرض تأويلها لا يمكن الاستدلال بها .

والظاهر أنّ مقصود الإمام عليه السلام في هذه الرواية بيان الفرق بين المنقول وغير المنقول مما أفاء الله على رسوله ، فما كان أرضاً ودياراً هو النفل الذي يبقى بيد الإمام ، ولا تحديد للمصرف فيه بصورة مشخّصة ؛ فلا يوجد فيه تقسيم وسهام حتى على نحو المصرفية ، بخلاف ما يكون ثروة منقولة فإنّها بمنزلة المغنم قد حدّد لها مصارف في القرآن ، وهي نفس مصارف الخمس ، وأمّا التعبير بأنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين . . . ثمّ نحن شركاء الناس فيما بقي » فلعله من باب التنزّل والاحتجاج بما كان يقبله القوم .

وممّا يدل أيضاً على ما ذكرناه ـ من أنّ الفيء غير خمس المغنم في الآية وأنهما بمنزلة واحدة من حيث إنّهما بيد الإمام ـ ما جاء في رواية ريّان بن الصلت ـ الطويلة ـ عن الإمام الرضا عليه السلام ، والذي ينقله الصدوق في المجالس السنيّة بسند صحيح فراجعه [١] .

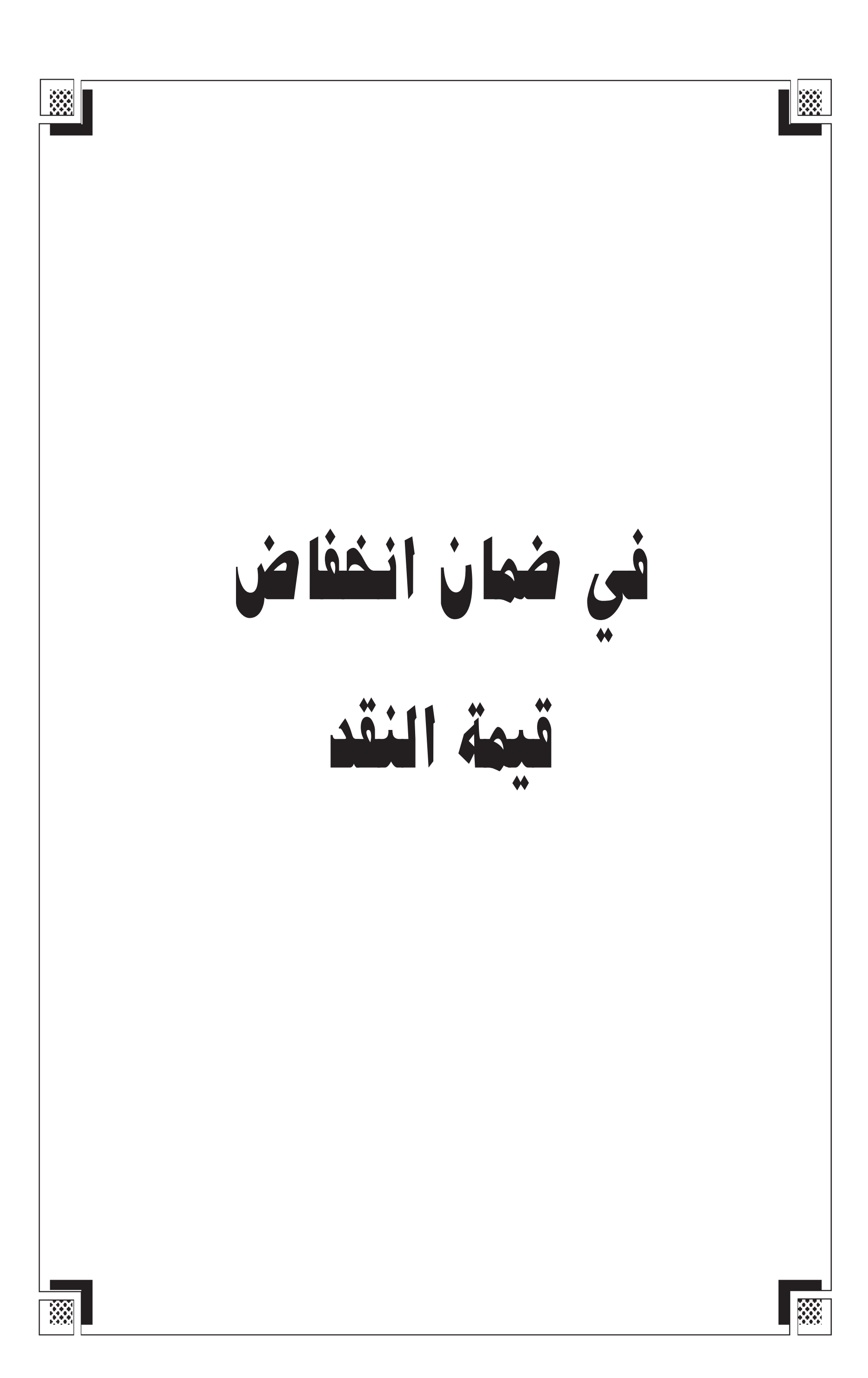
---

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٠ .

الملحق رقم [٢]

وقد يناقش في السند : بأنّ إبراهيم بن عثمان هو أبو أيّوب الخزّاز الثقة الجليل والذي هو من أصحاب الصادق عليه السلام ، فمن البعيد إدراكه لسليم بن قيس الذي بقي إلى زمان الباقر عليه السلام لا أكثر ، ولهذا لم ينقل عنه في سائر الموارد إلّا بواسطة ، مما قد يوجب الاطمئنان بوقوع سقط في السند بينهما ، وبالتالي سقوطه عن الاعتبار . إلّا أنّ المظنون أن تكون الرواية منقولة عن حماد بن عيسى ، عن إبراهيم بن عمر اليماني الثقة ـ رغم طعن ابن الغضائري فيه ـ عن سليم بن قيس ؛ لأنّ حماداً ينقل كتابه عنه ولا ينقل عن إبراهيم بن عثمان ، بل الأمر بالعكس ؛ فإنّ إبراهيم بن عثمان أبا أيّوب الخزّاز هو الذي ينقل عنه في كثير من الموارد .

هذا كله مضافاً إلى أنّ أصل الاستبعاد المذكور لا يبلغ حدّ القطع أو الاطمئنان ؛ لوضوح إمكان أن ينقل ابراهيم بن عثمان عمّن توفّي في زمن الباقر عليه السلام ، ولا يتوقّف للنقل عن الإمام الباقر عليه السلام ، فلا يُذكر ضمن أصحابه ، فالرواية معتبرة سنداً .



في ضمان انخفاض قيمة النقد

نطالع في هذا المقال بحث إحدى المسائل الهامّة التي تـنعكس آثـارها على أكثر من باب فقهي . . . وهو بحث الأوراق النقدية وما تواجهه مـن مشكلة انخفاض وارتفاع القيمة التبادليّة . . . طرح فيه الباحث (دام ظلّه) ـ بل أسّس ـ منهجيّة فذّة في تكييف هذه الظاهرة الاقتصادية فقهيّاً . . . فعند معالجته للموضوع على ضوء ما تقتضيه القاعدة الأوّليـة طـرح السيّد الأُستاذ اثني عشر طريقاً سابراً غورها يقلّبها ظهراً لبطن بكل ما أُوتي من حكمة وبراعة . . . من أجل الوصول إلى الحلّ الناضح واليقين أو الاطمئنان بحكم الله عزّ وجلّ .

(التحرير)

في ضمان انخفاض قيمة النقد

المعروف بين الأعلام أنّ حكم النقود في الضمان حكم سائر الأموال المثلية والتي يكون ضمانها في الديون والغرامات بالمثل ، فلا يكون نقصان قيمتها حين دفعها عن زمان الأخذ أو التلف مضموناً ، ونتيجة : ذلك أنّ من كان عليه دين لأحد قبل خمسين عاماً مثلاً بمئة تومان ـ وكانت ذات مالية وقوّة شرائية عظيمة وقتئذٍ ـ يكفي أن يدفع له ورقة نقدية من فئة مئة تومان اليوم والتي لا تساوي شيئاً بالنسبة لما كانت عليه في تلك الأزمنة ! وهذا يعني عدم ضمان نقصان قيمة النقود وإنّما المضمون مثلها فقط ، وهذه مسألة مهمّة لها ثمرات وآثار فقهية في أبواب متنوّعة ، وفيما يلي نورد البحث عنها في فصلين وخاتمة :

الفصل الأوّل ـ فيما تقتضيه القاعدة الأولية .

الفصل الثاني ـ فيما يستفاد من بعض الروايات الخاصّة .

الخاتمة ـ في بعض المسائل والفروع الفقهية المرتبطة بهذه المسألة .

الفَصْلُ الأَوَّلُ

إنّ المعروف بل لعلّه المتسالم عليه أنّ الأموال التي يكون لها المثل وتكون أفرادها متساوية الأقدام عرفاً بالنسبة لعناوينها يكون ضمانها في باب الغرامات والديون بالمثل لا بالقيمة . ومدرك هذا الحكم هو السيرة والارتكاز العقلائي الممضى شرعاً ، ولم يرد ذلك في لسان دليل شرعي .

نعم ، حاول جملة من الفقهاء الاستدلال عليه بمثل قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي » [١] بتقريب أنّ ظاهره اشتغال الذمّة بنفس ما أُخذ فتكون العين المأخوذة بنفسها في الذمّة حتى بعد التلف ، وهو يقتضي دفعها بخصوصيّتها العينية الشخصية عند وجودها وبخصوصيّتها النوعية والمثلية عند تلفها مع وجود المثل وإمكان دفعه وبماليتها وقيمتها عند عدم المثل ، ولازمه أن يكون بقيمة يوم الأداء عند تعذّر المثل أو كونه قيمياً .

إلّا أنّ هذا الحديث النبوي لا سند له فقد نقله العلّامة في بعض كتبه مرسلاً ، كما أنّ استفادة المعنى المذكور منه مشكل فإنّ ظاهره الاختصاص بفرض وجود العين المأخوذة ووجوب ردّها ولا دلالة لفظية فيه على اشتغال الذمّة بها عند التلف أصلاً ، وإنّما يستفاد ذلك من السيرة والارتكاز العرفي الممضى شرعاً ، فمهم الدليل على ضمان المثل هو الدليل اللبّي المتقدّم ذكره .

والمعروف عندهم أنّ ضمان المثل يشمل تمام الخصوصيات الذاتية والنوعية والعرضية للشيء التي تكون دخيلة في ماليّته والمرغوبة عند العقلاء فيجب على الضامن أن يدفعها إلى المضمون له . وأمّا القيمة السوقية فقد ذكروا أنّه أمر اعتباري لا ربط له بالعين المضمونة بل هي صفة للسوق ورغبة نوعية عند الناس ترتبط بمقدار حاجتهم إلى السلعة وكمية وجودها وندرتها في السوق ـ عوامل العرض والطلب ـ وهذا أجنبي عن السلعة وليس من أوصافها ليكون مضموناً . ولهذا لا يضمن من يتسبّب إلى تقليل قيمة السلعة في السوق بكثرة عرضها أو بالدعاية ضدّها أو أي سبب آخر ، ونتيجة ذلك : أنّ نقصان قيمة المال المضمون لا يكون مضموناً حيث يكفي دفع مثله سواءً زادت قيمتها السوقية أم نقصت .

وهذا الذي ذكروه وإن كان صحيحاً في الجملة إلّا أنّ الإشكال في إطلاقه ، وفيما

(١) مستدرك الوسائل : ١٤ : ٨ ، ح١٢ .

يأتي عدّة محاولات لتخريج ضمان نقصان القيمة السوقية للنقود الحاصل من التضخّم ، وقد يكون بعضها أوسع من باب النقود .

المحاولة الأولى : دعوى أنّ العقلاء إنّما لا يلحظون القيمة السوقية من أوصاف المثل إذا كان الاختلاف ومقدار نقصان القيمة قليلاً أو نادراً ، وأمّا مع كونه فاحشاً خطيراً أو كونه كثير الاتّفاق فالعرف يلاحظه من صفات المثل عندئذٍ ويراه مضموناً ، ويكون حاله حال ما إذا سقط المثل عن القيمة والمالية رأساً من حيث ضمان قيمته عندئذٍ للمضون له .

وإن شئت قلت : إنّ ضمان المثل عند العقلاء في المال المثلي إنّما يكون لأجل المضمون له ومزيد حفظ حقّه في الخصوصية الجنسية والمثلية لماله زائداً على ماليّته ، فلا ينبغي أن يكون ذلك على حساب مالية ماله بحيث يخسر مقداراً من ماله بالنتيجة ، فإذا كان التفاوت فاحشاً أو كان كثيراً ما يقع ذلك فالعقلاء والعرف لا يكتفون في مثل ذلك بدفع المثل الأقل قيمة ممّا أخذه منه . وهذا البيان لو تمّ لم يختصّ بباب النقود بل يجري في السلع أيضاً إذا فرض نقصان قيمتها بمقدار خطير أو كان في معرض النقصان كثيراً .

ويمكن الإجابة على هذه المحاولة بأحد جوابين :

الأوّل : أنّ موضوع الضمان أي ما يضمنه الضامن بحسب ظاهر أدلّة الضمان الشرعية والعقلائية إنّما هو المال لا المالية والقيمة ؛ لأنّها وصف وحيثية تعليلية لصيرورة الشيء مالاً فيضمنه من أتلفه أو أخذه في قبال مال آخر ، وعلى هذا يقال : لو أُريد ضمان نقصان قيمة المثل بعنوان ضمان القيمة والمالية الناقصة ابتداءً فهذا خلف كون المضمون هو المال لا المالية استقلالاً . وإن أُريد ضمان ذلك من باب دخله في ضمان المال فمن الواضح أنّ النظر العرفي في باب الأموال المثلية يقضي بالمثلية فإنّ منّاً من الحنطة الكذائية هي نفس ما أخذه من المالك لو ردّ عينها أو مثلها لو تلف ، ونقصان المالية السوقية ومدى تنافس السوق ورغبته في المال

لا يجعله مالاً آخر غير ذلك المال المأخوذ أو التالف عرفاً فلا موجب لضمان نقصان القيمة .

الثاني : أنّ الضمان عند تحقّقه يعدّ عرفاً وعقلائياً نحواً من التعويض والمبادلة القهرية بين المال التالف وبين ما يمتلكه المضمون له بالضمان على ذمّة الضامن من المثل أو القيمة ، ولهذا تتحقّق الملكية الفعلية له في ذلك المال الذمّي الاعتباري وتترتّب عليه آثارها ويجوز له التصرّف القانوني فيه بالبيع والحوالة وغيرهما ، وهذا التعويض والمعاوضة القهرية تتحقّق مرّة واحدة عند تحقّق موجب الضمان وهو زمان الأخذ أو التلف ولا موجب آخر له ، فيكون نقصان قيمة المثل بعد تحقّق الضمان واشتغال الذمّة من باب نقصان قيمة مال مالكه كما إذا كان قد دفعه إليه فنقصت قيمته عنده بعد الدفع ، فلا موجب لضمان نقصان القيمة زائداً على المثل . وهذا الجواب مبني على أن لا يعتبر العرف القيمة السوقية من صفات المثل فتتوقّف صحّته على تمامية الجواب الأوّل ، مضافاً إلى أنّ كون الضمان من باب المبادلة القهرية قبل الدفع والوفاء محل منع وإن قبلنا ذلك بعد دفع البدل .

المحاولة الثانية : دعوى أنّ العرف يتعامل مع الأموال المتّخذة للتجارة والمبادلة معاملة القيمي أي يلحظون فيها ماليّتها وقيمتها السوقية لا خصوصياتها الجنسية ، ومن هنا قيل بتعلّق الخمس بها قبل بيعها ؛ لصدق الربح فيها بنفس ارتفاع قيمتها السوقية فيكون الضمان لقيمتها أيضاً ولو من جهة صيرورة قيمتها السوقية من صفات المثل ، والنقود تكون كمال التجارة من حيث كونها متّخذة للمبادلة محضاً .

وفيه : أنّ تعلّق غرض تجاري أو تبادلي بالمال لا يخرجه عند العرف والعقلاء عن كونه مثلياً أي له المثل بحيث إذا تلف أو ضمنه الغير اشتغلت ذمّته بما هو مماثل له بحسب النظر النوعي للمال الذي هو الميزان في ضمانه ، وإن شئت قلت : إنّ الخصوصية المذكورة من قبيل الدواعي ، ولهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يكون منضبطاً بخلاف الضمان الذي يكون بإزاء نفس المال من حيث هو هو مع

قطع النظر عن غرض من بيده المال ، فالحاصل : كون من بيده المال ينظر إلى حيثيّة ماليّته فقط لا أثر له على ضمان المال من حيث هو مال .

المحاولة الثالثة : أن يقال بأنّ النقود بالخصوص ليس ضمانها مثلياً بل قيمياً ؛ لأنّها ليست سلعة ولا منفعة استهلاكية لها ، وإنّما هي مجرّد وسيلة للمبادلة ، وحساب المالية المحضة للأجناس والسلع والضمان بالمثل إنّما يكون في السلع والأموال الحقيقة . نعم ، النقود الحقيقية كالذهب والفضة لا مانع من أن يكون ضمانها بالمثل لأنّها سلع حقيقية . والحاصل : موضوع ضمان المثل السلع الحقيقية ، لا النقود التي هي مجرّد وسيلة للمبادلة .

وفيه : أنّ موضوع الضمان عند العقلاء وكذلك في ظاهر ألسنة الروايات وكلمات الفقهاء إنّما هو المال لا السلعة أو الجنس ، ولا إشكال في أنّ النقد حتى الورقي الاعتباري منه مال حقيقة وعرفاً ؛ إذ ليس المراد بالمال إلّا ما يرغب فيه العقلاء ويبذلون بإزائه مالاً آخر وهذا صادق على النقد الاعتباري في طول اعتباره ورواجه . نعم ، هناك بحث آخر في علم الاقتصاد حول اعتبار النقود من السلع أم لا ، ولكنّه من منظور آخر غير المنظور القانوني الفقهي حيث يقال هناك : إنّ مجموعة نقود البلد الواحد لا تضاف إلى السلع والثروة الحقيقية الموجودة في ذلك البلد في حساب الثروة الكلّية والدخل القومي للبلد ؛ لأنّه مجرّد وسيلة للتبادل والمعاملة لتلك الثروة فمجموع الثروة الكلّية عبارة عن مجموعة السلع الحقيقية والخدمات الثابتة في ذلك البلد لا أكثر . إلّا أنّ هذا منظور علمي آخر لا ربط له بالمنظور الفقهي الحقوقي حيث يكون النقد الرائج المعتبر مالاً قانوناً ، فالحاصل : تعريف المال الفقهي يختلف عن تعريف المال الاقتصادي فلا ينبغي الخلط بينهما .

وبناءً عليه ، يكون النقد حتى الاعتباري منه مالاً فقهاً وقانوناً ويكون كسائر الأموال موضوعاً لأحكام الأموال والتي منها ضمان مثلها إذا كان لها مثل ؛ لأنّ المفروض أنّ كلّ مال يكون فيه ضمان ، وكلّ ما يكون فيه ضمان إذا كان له مثل كان

ضمانه مثلياً أي تشتغل الذمّة بمثله وتنتقل ملكية المضمون له إليه وهو معنى الضمان ، وكلتا هاتين الخصوصيّتين متحقّقة في النقود الاعتبارية فضلاً عن الحقيقية فيكون ضمانها بالمثل أيضاً . وممّا يشهد على ذلك أنّه إذا ضمن نقداً من نوع معيّن كالتومان مثلاً لا يجوز له أن يدفع له من نقد آخر بقيمته كالروبية مثلاً أو الدولار ، وليس هذا إلّا من جهة ضمان الخصوصية الجنسية الثابتة في المال المضمون .

المحاولة الرابعة : أنّ النقد عبارة عن القيمة والمالية المحضة لسائر السلع والأموال ؛ ومن هنا يكون ضمان الأموال والسلع القيمية به لكونه القيمة ، فكيف يمكن أن لا يكون ضمانها قيمياً ؟ ! فالحاصل : إذا كان ضمان القيمي قيمياً فضمان القيمة المحضة التي هي النقد قيمي لا محالة . وفرق هذه المحاولة عن سابقتها أنّه في تلك المحاولة يدّعى اختصاص ضمان المثل ممّا بالسلع الحقيقية والتي لها منفعة ذاتية حقيقية ، وأمّا المدّعى في هذه المحاولة فنكتة أُخرى هي أنّ حقيقة النقد هو كونه قيمة محضة للأموال الأُخر فيكون ضمانها قيمياً كالأموال القيمية بل هو أولى منها ، وهذه المحاولة لو تمّت لجرت في النقد الحقيقي أيضاً بخلاف المحاولة السابقة .

وفيه : أنّ هذا مجرّد تعبير وتلاعب بالألفاظ ، وإلّا فالنقد ليس مالية وقيمة محضة ، كما أنّ الضمان ليس للعين بما هي قيمة ومال ، بل للمال والنقد بل هو مال أيضاً ، أي شيء له المالية والقيمة كأي مال آخر غاية الأمر باعتبار كونه مرغوباً لدى الكلّ وقابلاً للبقاء وعدم الفساد وغيره من خصائص النقدية والرواج سواء في النقود الحقيقية أو الاعتبارية أصبح هذا المال صالحاً لأن يقبل في قبال كل سلعة أُخرى فتكون مرغوبيّته أوسع دائرة من أيّة سلعة أُخرى ، وهذا لا يغيّر حقيقته من حيث كونه شيئاً له المالية والقيمة فإذا تلف أو ضمنه الضامن اشتغلت ذمّته بمثله ؛ لأنّ له المثل في الخارج على حدّ سائر الأموال المثلية بخلاف السلع القيمية كالفرس مثلاً فإنّه عند تلفه وضمانه لا يكون له المثل عادة فيكون ضمانه قيمياً .

المحاولة الخامسة : إنّ النقد الحقيقي كالدرهم والدينار مال مثلي فيكون ضمانه مثلياً أيضاً ، وأمّا النقد الاعتباري فهو ليس إلّا مجرّد سند عمّا اعتبرته الجهة المصدّرة له وتعهّدت به من القيمة المعادلة والرصيد المحفوظ بإزائه عند تلك الجهة والذي يكون من الذهب عادة ، فيكون المضمون معادله من الذهب ، فلا بدّ وأن يدفع الضامن نفس ذلك المقدار من الذهب أو ما يعادله من ذلك النقد ، فيكون التضخّم ونقصان قيمة النقد مضموناً بهذا الاعتبار . وفرق هذه المحاولة عن سابقتها هو إنكار أصل المالية الاستقلالية للنقود الورقية واعتبارها مجرّد سندات على الدَّين والالتزامات .

وفيه : أنّ هذا ربّما كان صحيحاً في بعض الأدوار التأريخية التي مرّت على النقود الورقية وأمّا اليوم فلا أساس له من الصحّة .

وتوضيح ذلك : أنّ النقد الورقي قد مرَّ بأدوار أربعة :

الدور الأوّل : دور نيابتها عن أرصدتها من ذهب وفضة التي كانت مودعة في خزانة الجهة المصدّرة لها ، ولم تكن هذه الأوراق إلّا حاكية عن وجود تلك الودائع والأرصدة وسنداً محضاً عليها .

الدور الثاني : حينما أحسّ المصدّرون لتلك الأوراق بأنّهم غير مضطرّين إلى الاحتفاظ بتلك الأرصدة والودائع بمقدار الأوراق الصادرة ؛ لأنّ أصحابها سوف لن يطالبوهم جميعاً في وقت واحد بتسليمها فتبدّلت بالتدريج فكرة الاحتفاظ بالأرصدة والنقود الحقيقية كوديعة لصاحبها إلى فكرة التعهّد والضمان من قِبل الجهة المصدّرة لتلك الأوراق بدفع الرصيد لمن جاء بالورقة إلى مُصدّرها فاستطاعت تلك الجهة أن تستفيد ممّا أودع عندها من الذهب والفضة أعني النقود الحقيقة ؛ لأنّها أصبحت ملكاً لها فأعطتها لآخرين في معاملات تجارية وهم بدورهم أيضاً أودعوها عند تلك الجهة في قبال إصدار سند لهم وهكذا أمكن لتلك الجهة أن تتعهّد بأضعاف ما أودع عندها من النقود الحقيقية وإصدار سندات عليها . وبذلك أصبحت

الجهة المصدّرة مدينة لصاحب الورقة بمقدار رصيده وأصبحت الورقة كالشيكات اليوم سنداً على القرض ، فهي تحكي عن رصيد في الذمّة لا رصيد خارجي ووديعة كما فيالدور السابق.

الدور الثالث : حينما أحسّت الدول بأهمّية وخطورة هذه الأوراق وقدرتها على نيابة النقود الحقيقية من ذهب وفضة بأكثر من واقعها فتدخّلت في المنع عن إصدارها من قبل الجهات الشخصية قانوناً فأصدرت بنفسها الأوراق وسنَّت القوانين لحمايتها ورسميّتها وتعهّدت بجعل مقدار الرصيد بإزاء ما يصدر منها بالذهب أو الفضة لكي تبقى معتبرة بين الناس وسائر الدول ، وعندئذٍ أصبح هذا التعهّد تعهّداً مستقلّاً عن ترجمة الورقة للرصيد بأنّ من أتى بشيء منها إلى الجهة المصدرة قدّمت له من الرصيد بقدره ، فلم تعدّ الورقة شيكاً أو سنداً على ذمّة المتعهّد ، بل أصبحت ذات مالية مستقلّة وتعهّد الدولة أو القانون بالرصيد لم يعد إلاّ حيثيّة تعليلية لاعتبار المالية لهذه الأوراق .

الدور الرابع : هو الدور المثبَّت اليوم عالمياً حيث اُلغي التعهّد من قبل الدول المصدّرة لتلك الأوراق بدفع الرصيد أو الاحتفاظ به بمقدارها نهائياً ، وأصبح طبع تلك الأوراق المعتبرة قانوناً على أساس معادلتها مع واقع الثروة والإمكانات الحقيقية التي تمتلكها الدولة طبقاً لمعادلات وحسابات علمية دقيقة يشخّصها الاقتصاد القومي .

وعلى هذا الأساس يعرف أنّ مفهوم الرصيد للأوراق النقدية في الوضع العالمي اليوم لم يعد ما كان سابقاً من مبلغ معيّن في ذمّة شخص أو جهة وإنّما رصيد النقود الورقية لكل دولة عبارة عن مجموعة ما تمتلكه من القدرة الاقتصادية على التعهّد بسلع أو أعمال وخدمات اقتصادية لا بمعنى أنّ مبلغاً معيّناً منها يكون محكياً بمبلغ معيّن من هذه الأوراق كما هو شأن السندات ، بل بمعنى أنّ هذه الأوراق تمكّن صاحبها من امتلاك مبلغ من تلك الإمكانات وفق ما تقتضيه قاعدة العرض والطلب

ومدى ازدهار وتقدّم الوضع الاقتصادي للبلد . أي إنّ أي شيء يفترض رصيداً لهذه الأوراق فهو محكوم لنظام التضخّم وصعود قيمته أو انخفاضها بالقياس إلى الأوراق في حين إنّ شيئاً ما لو كان رصيداً لهذه الأوراق ـ بمعنى سندية الأوراق له وحكايته عن ثبوته في ذمّة الدولة المصدّرة للأوراق ـ لما كان من المعقول هبوط مبلغ ذلك الشيء باستمرار أو صعوده أحياناً ، أي إنّ سنداً ما إذا كان حاكياً عن مثقال من الذهب في ذمّة أحد لكان يبقى ما في ذمّته المحكيّ بهذا السند دائماً مثقالاً من الذهب لا يزيد ولا ينقص ، والحال إنّ أرصدة الأوراق النقدية ليست كذلك ، ولهذا نجد أنّه كلّما تزدهر وتتقدّم الأوضاع الاقتصادية للبلد المصدّر لتلك الأوراق وتكثر فيه الثروات والإمكانات الاقتصادية قويت أوراقه المالية في تجارة خارجية أو داخلية وبالعكس كلّما ضعفت إمكانات البلد وثروته الاقتصادية ضعفت أوراقه المالية وانخفضت قيمتها . فلم يعدّ خافياً اليوم أنّ الأوراق النقدية الرائجة في العالم تعتبر هي الأموال بالاستقلال ولا تعتبر سندات حاكية عمّا في الذمم ، وأنّ مسألة الرصيد لها لا تعني ذلك أصلاً .

وممّا يشهد أو يدل على ذلك الأحكام القانونية المرتّبة على هذه الأوراق حيث إنّه يتعامل معها بما هي أموال مستقلّة لا بما هي سندات عليها فمثلاً إذا تلف أو أتلف مقدار منها كان ذلك تلفاً للمال لا للسند فلا تبقى ذمّة الجهة المصدّرة لها مشغولة برصيدها وما يعادلها لمالكها ، كما أنّ إقباضها يكون إقباضاً للمال وليس حوالة على الجهة المصدّرة لها كما في التعامل بالسندات إلى غير ذلك من الأحكام والآثار الحقوقية المترتّبة .

المحاولة السادسة : أنّ النقد وإن كان مالاً مستقلّاً بل ومثلياً أيضاً أي ضمانه بالمثل إلّا أنّ حقيقة النقدية حيث إنّها تتمثّل في القوّة الشرائية والقيمة التبادلية فيكون الداخل في عهدة الضامن تلك القوّة الشرائية ؛ لأنّ النقد ليس إلّا عبارة عن القوّة الشرائية المتجسّدة في الخارج فيكون المضمون مماثل تلك القيمة والقوّة

الشرائية لا محالة .

وفيه : أوّلاً : أنّ لازمه أن لا يجب على الضامن دفع الزيادة إذا ارتفعت قيمة النقد وقوّته الشرائية ؛ لأنّ الضامن قد ضمن القوّة الشرائية المحضة المتجسّدة في الورقة لا غير .

وثانياً : أنّ القوّة الشرائية بهذا المعنى أمر معنوي انتزاعي لا يفهمه العرف ولا يعتبره هو المال الخارجي ، وإنّما المال الخارجي نفس الورقة النقدية والضامن يضمن مثلها لا محالة ؛ لأنّ قيمتها وماليّتها أو قل قوّتها الشرائية حيثيّة تعليليّة أجنبية عن صفات المثل كغيرها من المثليات .

المحاولة السابعة : أنّ النقود إذا كانت حقيقيّة كالدرهم والدينار فقد يقال بعدم ضمان نقصان قيمتها ؛ لأنّ ماليّتها بجنسها الحقيقي والذي هو مال مثلي كسائر الأموال المثلية ، وأمّا النقد الاعتباري فحيث إنّه لا منفعة ذاتية استهلاكية له أصلاً وإنّما منفعته بجعله للتبادل فتكون هذه الخصوصية أعني قيمته التبادلية وقوّته الشرائية ملحوظة عرفاً وعقلائياً كوصف حقيقي ، فتكون مضمونة كضمان سائر صفات المثل ، بل هذه الحيثية قد تعدّ قوام النقد وحقيقته بالمقدار المرتبط باعتبار النقد نفسه لا بارتفاع أو انخفاض قيمة السلع الأُخرى في السوق بتأثير عوامل العرض والطلب عليها . فإذا تغيّرت قيمة النقد من هذه الناحية كما إذا قلّ اعتبار الدولة المصدّرة له وضعفت قوّتها الاقتصادية أو نشرت الدولة كمّيات أكثر منه بلا رصيد حقيقي بإزائه كان هذا التغيير كالتغيّر في الأوصاف العرضية للمثل كالثلج في الصيف والماء في المفازة مضموناً عرفاً ؛ لأهميّته وخطورته وملحوظيّته عرفاً في خصوص النقود الاعتبارية فلا يكون أداء معادله الاسمي وفاءً وأداءً للمثل ، وإنّما مماثله المعادل لنفس القيمة والمالية المعتبرة له سابقاً من نفس الجنس ، فيكون هناك ضمان للخصوصيّة الجنسية وضمان للقيمة والقوّة الشرائية فيه باعتبارهما معاً من أوصاف المثل ؛ ومن هنا أيضاً لا يصحّ دفع عملة أُخرى من جنس آخر كما أنّ

ارتفاع المالية والقيمة لذلك الجنس من النقد يكون للمضمون له ؛ لأنّه ارتفاع لمالية جنس النقد وخصوصيّته المضمونة ، فلا يجوز للضامن دفع الأقلّ منهما إذا ارتفعت ماليّته ، وفي نفس الوقت يكون نقصان القيمة والقوّة الشرائية مضموناً أيضاً .

وبهذا يكون ضمان النقد مثلياً أي يضمن جنسه كما يضمن سائر المثليات ولا يضمن عنوان القوّة الشرائية الذي قلنا في المحاولة السابقة بأنّه أمر معنوي انتزاعي ، إلّا أنّ مثليّته تتقوّم بخصوصيّته الجنسية وبقيمته وقوّته الشرائية معاً ولكن بالمقدار المرتبط به لا بقيمة السلع الأُخرى من سائر النواحي أي من ناحية مقدار العرض والطلب عليها في نفسها من غير ناحية ارتباطها بقيمة النقد ، فإذا كان هبوط قيمة النقد من جهة غلاء الأجناس الأُخرى أو أكثرها لندرتها أو غير ذلك من أسباب ارتفاع قيمة السلع ـ ومؤشّره أنّ أسعارها ترتفع بلحاظ جميع العملات وأنواع النقود الأُخرى أيضاً لا خصوص النقد الرائج في البلد ـ فهذا لا يكون مضموناً لصاحب النقد ؛ لأنّ هذه المالية الزائدة لم تكن مربوطة بالمالية التي كان يمثّلها النقد المضمون ، وإن كان هبوط قيمة النقد من ناحية تغيّر سعر النقد نفسه لضعف الجهة المصدّرة له اقتصادياً كان مضموناً .

نعم ، تبقى مشكلة كيفيّة محاسبة القوّة الشرائية للنقد من تلك الناحية ، ولعلّ أفضل طريقة أن يقاس بالنسبة للعملات الأُخرى الثابتة ماليّاتها أو الأجناس الثابتة في ماليّتها نوعاً وعادة كالذهب والفضة أو بالقياس إلى متوسّط سعر السلع في السوق في كل فترة من الزمن .

وهذه المحاولة وإن كانت قريبة من النفس إلّا أنّ هناك إيرادات وإشكالات عليها لا بدّ من ملاحظتها وتمحيصها وهي كما يلي :

الأوّل : أنّ هذه الخصوصية كما هي ملحوظة في الأوراق النقدية كذلك ملحوظة في الدرهم والدينار من النقود الحقيقية ؛ لأنّ حيثية نقديتها كنقدية الأوراق من حيث ملاحظة العرف لقوّتها الشرائية ، ومجرّد كون ذلك على أساس المنفعة

الحقيقية في جنسها لا مجرّد الاعتبار لا يوجب فرقاً من هذه الناحية ، ولازم ذلك جواز أخذ الزيادة في الدرهم والدينار لدى نزول قوّتها الشرائية ، ولا أظنّ التـزام أحد بذلك .

ويمكن الإجابة عليه بالفرق بينهما من ناحية أنّ اعتبار العرف للقوّة الشرائية في النقد من صفات المثل التي تدخل في الضمان إنّما يكون في النـقد الاعـتباري لا الحقيقي ؛ لأنّ نكتته عرفاً ليست مربوطة بحيثيّة النقدية وكون الشيء وسيلة للتبادل ليقال باشتراكه بين النقدين بل مربوطة بـحيثيّة اعـتبارية مـاليّته حـيث إنّ النـقد الاعتباري إنّما يضرب ليكون تعبيراً عن المالية والقوّة الشرائية المحضة التي يعتبرها القانون ، فتكون تلك القوّة ملحوظة فيه بنحو المعنى الاسمي بخلاف النقد الحقيقي حيث يمكن أن يقال فيه بأنّ قوّته الشرائية ملحوظة فيه بنحو المعنى الحرفي وبما هي من آثار خصوصيّته الجنسية الحقيقية فلا تلحظ عرفاً من صفات المثل زائـداً على الجنس الحقيقي ، وإن شئت قلت : إنّ وجود المنفعة الذاتية والجنس الحقيقي في النقد الحقيقي وكونه هو الملاك الأساس في ماليّته ونقديّته يجعل العرف يتعامل معه كما يتعامل مع الأجناس الحقيقية من حيث الضمان .

الثاني : أنّ القيمة السوقية والقوّة الشرائية للنقد وإن كانت حيثية تقييدية عرفاً أي قوام النقد وحقيقته بذلك حيث لا منفعة ذاتية له ، إلّا أنّ مجرّد هذا لا يكفي لضمان التضخّم ونقصان قيمته السوقية من قِبل الضامن له ؛ لأنّ هذه الصفة أعـني القـيمة السوقية للنقد من الصفات الإضافية النسبية التي لها طرف آخر وهو السوق ومدى رغبة الناس في النقد وتنافسهم عليه ، والصفات النسبية إن كان تغيّرها وزوالها بتغيّر صفة أو منشأ لها قائم بنفس المال كما إذا قلّت رغبة الناس فيه لزوال طعمه أو لونه أو تأثيره فمثل هذا يكون مضموناً ومن صفات المثل ؛ لأنّ تلك الحـيثيّة والمـنشأ القائم بالمال يكون متعلّقاً لحقّ المالك أيضاً ، وأمّا إذا كـان تـغيّرها لتـغيّر طـرف الإضافة الذي هو أجنبي عن المال وخارج عنه فلا معنى ؛ لأن يكون مضموناً لأنّ

ذلك الطرف لم يكن مملوكاً لمالك المال أو متعلّقاً لحقّه كما إذا تصرّف المتصرّف في الجو فأصبح بارداً فلم يرغب الناس في شراء الثلج مثلاً أو عالج الناس بلا دواء بحيث لم يرغب أحد في شراء دواء معيّن فإنّه لا يكون ضامناً لمالية مالهم ، وكذلك الحال في القيمة السوقية للنقد فإنّ نقصانها يعني أنّ السوق والناس قلّت رغبتهم فيه ولو لضعف الجهة المصدّرة له إلّا أنّ المفروض أنّ تلك الجهة لا تزال متعهّدة ومعتبرة للنقد كالسابق وإنّما قلّت رغبة الناس في اعتبارها كما تقلّ في السلع الحقيقية ، فهذا تغيّر في جهة أجنبية عن حقّ المالك للمال فلا وجه لأن يكون من صفات المثل ويكون مضموناً ، والشاهد عليه : أنّه لو سبّب بالدعاية أو بأي سبب آخر إلى أن تقلّ رغبة الناس في تلك العملة فقلّت قيمتها ، بل حتى لو سبّب ضعف الجهة المصدّرة لها لم يكن ضامناً لنقصان قيمة النقود التي بأيدي الناس جزماً مع أنّ هذه الصفة والخصوصية لو كانت من صفات المثل ومضمونة بضمان المثل لزم أن يكون التسبّب إلى زوالها عن العين المملوكة لمالكها موجباً لضمان قيمتها أيضاً ، كما إذا تسبّب إلى فساد أموال الناس أو تغيّر صفة من صفاتها الحقيقية المرغوب فيها .

فالحاصل : هناك تلازم بين الحكم بضمان وصف من أوصاف العين المضمونة من باب كونه من صفات المثل في فرض ضمان العين وبين الحكم بضمانه مع بقاء العين إذا تصرّف تصرّفاً مؤدّياً إلى زوال الوصف فلا بدّ من الحكم بضمان نقصان القيمة في الفرض المذكور ـ وهو ممّا لا يلتزم به ـ أو الحكم بعدم ضمانه في فرض التلف أيضاً ؛ لأنّ نكتة الضمان فيهما واحدة ، وهي كون تلك الصفة في المال متعلّقاً لحقّ المالك فإذا كان له هذا الحقّ فالضمان في الفرضين وإلّا فلا ضمان فيهما أيضاً .

والجواب : بالفرق عرفاً في الأوصاف النسبية الإضافية بين التصرّف في طرف الإضافة والتصرّف في العين فإنّ الأوّل لا يكون موجباً للضمان ؛ لأنّـه ليس من التصرّف في حقّ الغير وملكه ، بخلاف الثاني فإنّه تصرّف فيه حتى بلحاظ وصفه النسبي وما يوجبه من المالية فيه ، فمثلاً إذا كان مال في سوق معيّن أكثر ماليّة

وقيمة منه في مكان آخر فتارة يتصرّف المتصرّف في المال بأن يأخذه إلى مكـان آخر ويخرجه عن ذلك السوق فيكسد فإنّه يحكم بضمانه ، وأُخرى يـتصرّف فـي السوق بأن يرغّب من فيه بالانتقال إلى مكان آخر فـيكسد المـال بـعد ذلك فـإنّه لا يكون ضامناً ؛ لأنّه لم يتصرّف في مال الغير وحقّه . ومقامنا من هذا القبيل فإنّه إذا أتلف النقد الذي له مالية وقيمة سوقية معيّنة أو أخذه من مالكه على وجه الضمان فإنّه يعدّ إتلافاً أو أخذاً لقوّته الشرائية من مالكه فيضمنه بماله من القيمة والمالية ، بخلاف ما إذ أثّر على السوق فغيّر من رغبة الناس وتنافسهم على النقد أو أثّر على الجهة المصدّرة له فحاربها اقتصادياً مثلاً فأثّر ذلك في قوّة النقد عالمياً فإنّ هذا لا يعدّ تصرّفاً في مال مالكي ذلك النقد .

نعم ، لو غصب النقد غاصب ثمّ أرجعه بعينه إلى مالكه بعد أن نقصت قيمته وقوّته الشرائية نتيجة التضخّم الناشئ من هبوط قيمة النقد كان لازم هذا التحليل أن يكون ضامناً للنقصان ، كما إذا غصب جنساً فأرجعه فاسداً أو ناقصاً في بـعض أوصـافه الدخيلة في المالية ، ولا يبعد صحّة الالتزام بذلك فقهياً .

لا يقال : فلماذا لا يحكم بضمان نقصان القيمة السوقية في السلع والأجـناس الحقيقية المثلية إذا نقصت قيمتها بعد التلف أو الغصب ، كما إذا أتلف منّاً من حنطة فضمنها ثمّ نقصت قيمتها فإنّه لا يجب عليه أكثر من دفع منٍّ من تلك الحنطة ؟ !

فإنّه يقال : إنّ الحكم بعدم ضمان ذلك ليس من الجهة المذكورة في الإشكال ، بل لجهة أُخرى وهي كون القيمة حيثيّة تعليليّة لمالية الأجناس الحـقيقية لا تـقييدية بمعنى أنّ منّاً من تلك الحنطة يعدّ عرفاً نفس ذلك المال التالف لا أقلّ مـنه إلّا إذا فكّرنا بعقلية تجارية حسابية لا تكون ميزاناً للأحكام العرفية والعقلائية ، فلو أُريد ضمان نقصان قيمة السلعة زائداً على منٍّ من تلك الحنطة من باب دخل ذلك فـي المثلية فليست القيمة السوقية دخيلة في ذلك في الأجناس الحقيقية كما أشرنا ، وإن أُريد ضمانه بعنوان ضمان القيمة السوقية مستقلّاً وابـتداءً فـالضمان لا يـتعلّق إلّا

بالمال لا بالمالية وإنّما المالية حيثيّة تعليليّة في المـال المـضمون فـإنّ هـذا هـو المستظهر من أدلّة ضمان الأموال الشرعية والعقلائية ، وهذا بخلاف النقد الاعتباري المحض فإنّ قيمته وقوّته الشرائية تمام حقيقته وقوامه فتكون حيثيّة تقييدية فيه أي إنّ مالية النقد الاعتباري تكون بقيمته التبادلية والشرائية لا بجنسه الحقيقي ؛ إذ لا قيمة له ، ولا باعتباره ؛ لأنّ الاعتبار بما هو اعتبار ليس مالاً وإنّما الماليّة بما وراء ذلك الاعتبار من القوّة الاقتصادية في الجهة المصدّرة والتي تجعل الورقة النـقدية فيها قوّة شرائية تبادليّة حقيقة ، وهذا يعني أنّ مالية هذه الأوراق إنّما تكون بنفس قوّتها التبادلية والشرائية لا بشيء آخر فلا محالة يكون مثل النقد المأخوذ أو التالف أوّلاً ما يعادله من نفس النقد في قوّته الشرائية التبادليّة ، وبهذا يدّعى الفـرق بـين النقود الاعتبارية والأموال الحقيقية .

الثالث : أنّ ضمان نقصان قيمة النقد ـ التضخّم ـ يستلزم تجويز الربـا والفـائدة بمقدار سعر التضخّم ، فإذا أقرضه مثلاً عشرة آلاف تومان لسنة فأصبحت قـيمتها الشرائية عند حلول الأجل نصف ما كانت عليه في السابق اسـتحقّ الدائـن عـلى المدين عشرة آلاف أُخرى إضافية ، وهذا مصداق للربا المحرّم ، بل قد يكون سعر التضخّم أكثر من سعر الفائدة الربويّة اليوم ، فكيف يمكن الالتزام بذلك ؟ !

ويمكن الإجابة على هذا الإشكال أيضاً :

أوّلاً : بأنّه لا بأس بالالتزام بذلك ؛ لأنّه ليس رباً ، إذ ليس كل زيادة عـينيّة أو اسمية ربا في باب القرض وإنّما الربا هو الزيادة على رأس المال أي زيادة مال على أصل المال المسلّف ، وهذا لا يصدق في المقام فلا يشمله إطلاق الآية أو روايات حرمة الربا ؛ إذ الزيادة إن كانت من جـهة المـالية والقـيمة التـبادلية فـالمفروض مساواتها مع الأصل نتيجة التضخّم وهبوط قيمة النقد ، وإن كانت من جهة الزيادة الاسمية وأنّ عشرين تومان أزيد من عشرة فالاسم أو الاعتبار بما هو اسم أو اعتبار ليس مالاً كما أشرنا وإنّما ماليّته بلحاظ قوّته التـبادلية والشـرائـية وهـي مـعادلة

للأصل ، وبهذا ظهر الفرق بين النقد الاعتباري والأجناس الأُخرى فإنّ منّين من الحنطة مال أزيد من منّ واحد ولو نقصت قيمته السوقية ، فيصدق فيه الزيادة في المال على رأس المال فيكون رباً محرّماً .

فالحاصل : المستفاد من ذيل آية الربا وممّا ورد في تفسير الربا وأنّ كل شرط جرّ نفعاً فهو ربا أنّ الميزان والمقصود من الربا ـ الذي يعني لغة الزيادة ـ ليس مطلق الزيادة حتى إذا لم تكن لها مالية ونفع كما لو زاد شيئاً لا مالية له كالميتة مثلاً ، بل الزيادة في المالية وبلحاظ رأس المال وهذا يصدق في مورد الجنس الحقيقي بمجرّد زيادة كمّيته عرفاً ولو نقصت قيمته كما يصدق كلّما كان الجنس مساوياً ولكن اشترط شرط زائد له مالية ونفع وأمّا إذا لم تكن الزيادة إلّا عنواناً واسماً من دون جنس حقيقي زائد كما في النقد الاعتباري فلا تصدق الزيادة في رأس المال ولا النفع ، فلا تشمله أدلّة الربا ولا دليل كلّ شرط جرّ نفعاً فهو ربا ؛ لأنّه لا يصدق عليه أنّه شرط يجرّ نفعاً له ، إذ لا نفع فيه له مع فرض التساوي في القيمة التبادلية ، وإنّما هو حفظ لنفس رأس ماله ، كيف ! وإلّا قد ينسدّ باب القرض الحسن على الناس مع التضخّم المستمر اليوم في باب النقود الاعتبارية في عالمنا الثالث ؛ لأنّه يؤدّي إلى خسران أصحاب الأموال المقترضة لأصل رؤوس أموالهم عمّا أسلفوها !

وثانياً : لو تنزّلنا عن ذلك وقلنا بعدم جواز أخذ النقصان حتى بالشرط فغايته عدم ضمان سعر التضخّم في عقد القرض لا في سائر عقود الضمان فضلاً عن ضمان الغرامة بالتلف والإتلاف . نعم ، في العقود لو جعل المقدار والمعادل الاسمي للنقد ثمناً وعوضاً أي لوحظ النقد الاعتباري بما هو نقد اعتباري لا بما هو طريق إلى قدرته الشرائية وقيمته التبادلية لم يستحقّ المضمون له أكثر من معادله الاسمي ، فكيفية ملاحظة النقد تختلف من مقام إلى مقام ، فقد يلحظ بما هو هو ويجعل عوضاً في العقد فلا ضمان لنقصان قيمته ، وقد يلحظ بما هو طريق إلى القيمة التبادلية والسوقية ويجعل ثمناً فيكون مضموناً بقيمته الشرائية لا محالة .

الرابع : أنّ مقدار التضخّم وهبوط قيمة النقد لو كان مضموناً فهذا يؤدّي إلى الارتباك والتردّد في مقدار الديون والأثمان في عقود الضمان ، بل وكذا في الضمانات القهرية ؛ لأنّ التضخّم في النقود الاعتبارية اليوم أمر واقع لا محالة وهو تدريجي مستمر ، فلا بدّ للدّيان من محاسبة مالهم على المدينين في كلّ يوم ويطالبونهم بمقدار أكثر حسب تغيّر سعر العملة التي تعاملوا بها ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به فقهياً ، ولا تلتزم به القوانين المدنية اليوم أيضاً . خصوصاً إذا لاحظنا أنّ أسباب التضخّم وأنواعه ودرجاته مختلفة ومتعدّدة فهل يحكم بالضمان فيها جميعاً أو في بعض دون بعض ؟

ويمكن الجواب على هذا الإشكال بالتفصيل بين ضمان الغرامة بالتلف والإتلاف ، وبين الضمان العقدي أي ضمان المسمّى ، ففي الأوّل يلتزم بضمان نفس القوّة الشرائية والقيمة التبادلية التي كانت للنقد في زمان تلفه ، ولا محذور فيه ويكون نظير ضمان القيميات على القول بكون الميزان فيه بقيمة يوم الأداء فتحسب القيمة والقوّة الشرائية المعادلة يوم الأداء ، وفي الثاني لا مانع من الالتزام بأنّ النظر العرفي في الأثمان ملاحظة النقد بما هو هو أي بماله من القيمة الاسمية ، فإذا اشترى شيئاً بألف تومان نسيئة يكون ظاهر الحال أنّ الثمن هو ألف تومان لا ما يعادله في القوّة الشرائية من التوامين إلّا إذا اشترط ذلك صريحاً أو ضمناً بنحو لا يلزم منه الجهالة في مقدار الثمن كما إذا اشترط ضمان نقصان قيمتها ، ولا يبعد وجود شرط ضمني نوعي في موارد التغيّر والنقصان الفاحش .

وأمّا بالنسبة إلى أسباب التضخّم وأنواعه فقد أشرنا في المحاولة السابعة إلى أنّه تارة يكون التضخّم ونقصان قيمة النقد لارتفاع قيمة السلع الأُخرى بسبب قلّة عرضها وإنتاجها فمثل هذا لا يبعد كونه كالقيمة السوقية للسلع الحقيقية ليس من صفات المثل فلا يكون مضموناً إلّا بالشرط في ضمن عقد لازم . وأُخرى يكون سببه ضعف اعتبار الجهة المصدّرة للنقد وضعف إمكاناتها الاقتصادية أو إصدارها

للنقود بكميّات زائدة من دون وجود قدرة حقيقية وراءها فهذا يعتبر من صفات المثل للنقد فيكون مضموناً على القاعدة.

وهكذا يتلخّص من مجموع ما تقدّم أنّ ضمان نقصان قيمة النقود الاعتبارية يتوقّف على الجزم بأنّ العرف قد ينظر إلى النقد الاعتباري بما هو مال تتقوّم ماليّته بماله من القوّة الشرائية والقيمة التبادلية لا بماله من القيمة الاسمية أو الاعتبار القانوني فيكون مماثله ما يعادله من نفس النقد الاعتباري في قيمته التبادلية، فإذا تمّ ذلك ثبت الضمان على القاعدة وإلّا كان مقتضى الأصل عدم ضمان الأكثر من معادله الاسمي. وربّما يستدلّ على الضمان بطرق واستدلالات أُخرى غير هذا الطريق الذي سلكناه نشير إلى بعضها بعنوان محاولات أُخرى.

المحاولة الثامنة: « التمسّك بقاعدة العدل والإنصاف لإثبات حقّ للمضمون له وإنّ حرمانه من القوّة والقيمة الشرائية التي كانت لنقوده سابقاً ظلم عليه.

ويلاحظ عليه: أوّلاً: بالنقض بالجنس إذا فرض نزول قيمته كذلك كما إذا كان قد أعطاه أو أتلف عليه ألف مثقال من فضة سابقاً حينما كانت تساوي مئة مثقال من الذهب وهي اليوم لا تساوي عشرة مثاقيل ذهب فهل يلتزم فيه أيضاً بالضمان؟!

وثانياً: بالحلّ وحاصله: إن أُريد بقاعدة العدل والإنصاف التمسّك بأدلّة حرمة الظلم وسلب حقّ الغير عنه فمن الواضح أنّ هذا فرع ثبوت حقّ للمضمون له في ضمان مالية ماله من قبل الضامن في المرتبة السابقة فيكون إثباته به مصادرة، على أنّ حرمة الظلم أو قبحه لا يثبت الضمان الذي هو حكم وضعي.

وإن أُريد به ما ورد في بعض الروايات الخاصّة من الحكم بالتنصيف في موارد التردّد واشتباه مال بين اثنين وليس لأحدهما يد عليه أو حلفا جميعاً عليه ونحو ذلك ـ كما في معتبرتي غياث وإسحاق بن عمّار [1] وخبري عبد الله بن

(١) الوسائل ٢٧: ٢٥٠، الباب١٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى، ح٣ و٢.

المغيرة [١] والسكوني [٢] ـ والتي قد يدّعى استفادة كبرى كلّية ارتكازية منها وأنّ الحكم بالتنصيف بينهما في فرض تساويهما من حيث أدلّة الاثبات إنّما هو بملاك العدل والإنصاف بينهما فمن الواضح أنّ مورد تلك الروايات وذلك الإرتكاز ـ لو ثبت ـ إنّما هو الشبهة الموضوعية أي تردّد مال خارجاً ودورانه بين شخصين لا الشبهة الحكمية والشكّ في أنّ الضامن هل عليه أكثر من المثل أم لا فإنّ الشكّ هنا في أصل الحقّ لا في تردّده خارجاً بين اثنين فلا معنى لاستفادة هذا من ذاك المفاد ، اللّهمّ إلّا بدعوى أنّ العقلاء يرون هذا الحقّ للمضمون له ، وهذا رجوع إلى ضمان المالية عقلائياً ابتداءً ، ولا ربط له بقاعدة العدل والإنصاف المصطلحة .

المحاولة التاسعة : إثبات ضمان نقصان مالية النقود الاعتبارية بملاك الضرر وأنّ الضامن لو لم يجب عليه أكثر من المعادل الاسمي لما أخذه من المضمون له لزم تضرّره ، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

وهذا مرجعه إلى أنّا لو لم نتمكّن من إثبات ضمان نقصان المالية من باب كونها من صفات المثل في خصوص النقد أمكن إثباته بقاعدة لا ضرر ، حيث يقال بأنّ العرف في باب الأجناس والسلع الحقيقية لا يرى صدق الضرر إذا ما أرجع له نفس الجنس الذي أخذه منه فمن يُرجع منّاً من الحنطة لمن أخذه منه لا يصدق في حقّه أنّه أضرَّه وأنقص ماله إذا تغيّرت قيمته زمان الأداء عن زمان الأخذ ؛ لأنّ ماليّته متقوّمة بمنفعته الاستعمالية الحقيقيّة الثابتة فيه بالتمام كما كانت في المأخوذ منه ، إلّا إذا فكّرنا بعقلية وذهنية تجارية خاصّة ليست ميزاناً في صدق عنوان الضرر في الأدلّة .

وأمّا في باب النقد فحيث إنّ قوامه وحقيقته بقيمته التبادلية السوقية حيث

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥٠ ، الباب٩ من الصلح ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ٤٥٢ ، الباب١٢ من الصلح ، ح١ .

لا منفعة أُخرى فيه فيصدق الإضرار عرفاً بمجرّد نقص ماليّته في زمان الأداء عن زمان الأخذ .

نعم ، قد يقال :

بأنّ هذا الوجه لا يجري في موارد العقود التي أقدم فيها الشخص بنفسه على جعل مقدار معين من ذلك النقد الاعتباري إلى أجل معيّن في ذمّة الضامن بدلاً عن ماله ، فإنّه إذا نزلت قيمته مع فرض عدم التخلّف من قِبل الضامن في الأداء لم يكن ضامناً ؛ لأنّه ضرر قد أقدم عليه المالك بنفسه ، فيثبت ضمان نقصان المالية في غير هذه الحالة كما في حالة التلف والإتلاف ـ ضمان الغرامة ـ أو الغصب أو التأخير عن الأداء ، فيضمن النقصان الحاصل في زمان التأخير لا أكثر ؛ لكونه إضراراً منه على المالك .

المحاولة العاشرة : دعوى صدق الإتلاف للمال في مورد نقصان قيمة النقد حين الأداء عن زمان الأخذ فيما إذا كان أخذه بدون رضى المالك وإذنه كما في موارد الغصب أو الإتلاف بل والتلف بدون إذنه بل وفي موارد التأخير عن الأداء للدين مع استحقاقه فتنزل قيمته ، فإنّه في كل ذلك يمكن أن يقال بصدق إتلاف مال الغير في خصوص النقود ؛ لكون القيمة والمالية فيها حيثية تقييدية لا تعليلية بخلاف سائر السلع ، فالحاصل : يدّعى في هذه المحاولة أنّ عنوان إتلاف المال الذي هو موضوع ضمان الغرامة صادق في النقود إذا تحقّق موجبه ؛ لكون المالية والقيمة فيها ملحوظة عرفاً كحيثيّة تقييدية لا تعليلية فيشملها إطلاق أدلّة الضمان بالتلف أو الإتلاف .

وهذه المحاولة تتوقّف صحّتها على قبول هذه الدعوى وعرفية التفصيل بين السلع الأُخرى والنقود من هذه الناحية ، وعهدتها على مدّعيها .

المحاولة الحادية عشرة : أن يدّعى ثبوت حقّ الفسخ أو التعويض في موارد هبوط قيمة النقد هبوطاً فاحشاً في العقود والالتزامات التي لم يستلم فيها الطرف

الثمن لكونه نسيئةً أو لأيّ سبب آخر : إمّا بملاك وجود شرط ضمني ارتكازي بحقّ الفسخ في مثل هذه الحالات الاستثنائية فيكون كـالشروط الارتكـازية الأُخـرى كعدم الغبن والعيب فيرجع إلى خيار الشرط ، أو بقاعدة لا ضرر بناءً على إمكان نفي اللزوم الضرري الحاصل من العقد عن الطـرف المـتضرّر بـنكتة غـير راجـعة إلى تقصيره ، ومنه المقام فإنّ الضرر المذكور ليس راجعاً إليه ، ولو كان يعلم به لما كان يقدم على البيع مؤجّلاً بذلك المقدار من النقد جزماً وإنّما كان ذلك نتيجة عدم علمه بما سيؤول إليه النقد ، فهو إنّما أقدم بانياً على بقاء المالية لذلك النقد وعدم انخفاضها الفاحش ، وهذا ليس بأقلّ من الغبن الذي أثبتوا فيه الخيار بقاعدة لا ضرر . وهذه المحاولة لو تمّت صغراها فهي تجدي في موارد العـقود والالتـزامـات لا الديـون والضمانات ، كما هو واضح .

المحاولة الثانية عشـرة : إثبات ضمان نقصان القيمة للنقد في الديـون ، بـل والعقود أيضاً إذا كان دفعه بعنوان إشغال ذمّة المدين بحيثيّة ماليّته وقيمته بالقياس إلى السلع أو العملات الأُخرى لا بحثيّة مثليته سواءً اعتبرنا ذلك من باب إقراض المثلي بقيمته نظير قرض القيمي ــ بناءً على جوازه وصحّته في المثلي أيضاً حيث لا دليل على المنع عنه إلّا شبهة حصول الربا القرضي الذي أجبنا عليه سابقاً فيمكن أن يملّكه النقد على أن تشتغل ذمّته بقيمته وماليّته وقوّته الشرائية من نفس الجنس من النقد في ذمّته ــ أو أرجعنا ذلك إلى معاملة أُخرى غير القرض كالبيع مثلاً . فلا محالة يجب على المدين أداء معادله في القيمة من ذلك النقد عند الوفاء .

إلّا أنّ هذه المحاولة بحاجة إلى إعمال مثل هذه العناية التي لا تكون ملحوظة في إقراض النقود عادة . كما أنّه بناءً عليه سوف لن يستحق الدائن ارتفاع قيمة نقده أيضاً كما في قرض القيمي فإنّ الميزان فيه بقيمة يوم القرض . اللّهمّ إلّا إذا قلنا بجواز تضمين الجنس والقيمة معاً وإنّ الإقراض للمثلي يجوز فيه ذلك فـتكون النـتيجة ضمان النقصان والزيادة معاً .

لا يقال : على هذا يثبت الضمان أيضاً فيما إذا سبّب نقصان قيمة النقد بالدعاية ضدّه مثلاً في السوق أو عرض كميات كبيرة منه بحيث أوجب نقصان قيمته ، كما أنّه يلزم أن تكون الدولة المصدّرة للنقد ضامنة لنقصان قيمة نقدها بيد المالكين إذا سبّبت ما يوجب نقصان اعتبار نقدها ، وهذا ما لا يمكن الالتزام به فقهياً .

فإنّه يقال : بالفرق بين هذه الموارد وبين مقامنا ؛ إذ يمكن أن يمنع صدق الإضرار فيها ؛ لأنّ تصرّف الغير كان من حقّه وفيما يرجع إليه لا إلى مالك النقد فلا يصدق الإضرار ، بخلاف ما إذا كان قد غصب أو أتلف عليه ماله أو أخّر أداءه إليه فإنّه بلا حقّ فيصدق عليه الإضرار عرفاً .

وهذا الوجه ـ لو سلّمنا ما فيه من المصادرة والدعوى العرفية ـ يتوقّف على إثبات أنّ ملاك الضمان وموضوعه فقهياً إنّما هو الإضرار وأنّ الضمان ضمان مقدار الضرر الواقع على الغير لا تلف المال وضمان بدله مثلاً أو قيمة ، وقد تقدّم في بحث آخر الإشكال في إمكان إثبات ذلك بقاعدة لا ضرر أو بالروايات الخاصّة .

أمّا القاعدة وإثبات الضمان بها ، فالإشكال فيه إمّا من ناحية أنّها تنفي الحكم الضرري ولا تثبت حكماً يلزم من عدمه الضرر ، أو لأنّ الضمان تدارك للضرر الواقع خارجاً والقاعدة لا تثبت تدارك الضرر وإنّما تنفي الضرر بنفي منشأه وسببه التشريعي .

وأمّا الروايات الخاصّة ، فلأنّ الوارد فيها وفي كلمات الفقهاء ضمان ما يتلفه من مال الغير ، وأمّا الإضرار بالغير فقد ورد النهي ، عنه وهو ظاهر في الحكم التكليفي لا الضمان . نعم ، ورد في بعض الروايات « من . . . حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن »[1] وهو مجمل من هذه الناحية قابل للحمل على أنّه يضمن المال الذي يصيبه بضمان المثل إذا كان مثلياً أو القيمة إذا كان قيمياً

(١) الوسائل ٢٩ : ٢٤٥ ، الباب١١ من موجبات الضمان ، ح ١ .

فيكون مساوقاً مع إتلاف المال ، وهكذا يكون إثبات الضمان للمالية في باب النقود بملاك الضرر والإضرار مشكلاً .

هذا كلّه في البحث على مقتضى القاعدة ، وبه ينتهي البحث عن الفصل الأوّل .

الفصل الثاني

وأمّا البحث عن الروايات الخاصّة ، فهناك عدّة روايات متعارضة في المقام فينبغي التعرّض لها :

إحداها : معتبرة يونس قال : « كتبت إلى الرضا ﷺ أنّ لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس ؟ قال : فكتب إلي : لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس » [١] .

الثانية : معتبرته الأُخرى ـ بنقل الشيخ ـ قال : « كتبت إلى أبي الحسن الرضا ﷺ أنّه كان لي على رجل عشرة دراهم وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من تلك الدراهم الأُولى ولها اليوم وضيعة فأي شيء لي عليه الأُولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب لك الدراهم الأُولى » [٢] .

الثالثة : معتبرة صفوان ، قال : « سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم مِن رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شيء ألصاحب الدراهم الدراهم الأُولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ فقال : لصاحب الدراهم الدراهم الأُولى » [٣] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٠٦ ، الباب ٢٠ من الصرف ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٢٠٧ ، الباب ٢٠ من الصرف ، ح٤ .

فقد يستدلّ بالرواية الأُولى على ضمان الأوصاف الانتزاعية غير الحقيقية للمال حيث دلّت على ضمان خصوصية نقدية الدرهم ورواجه للإنفاق والتعامل به وأنّ الدرهم الذي أعطاه إذا سقط عن الرواج والإنفاق كان له على المدين الدرهم الرائج ؛ لأنّه أعطاه الرائج فتكون خصوصية الرواج والنقدية تحت الضمان مع أنّها خصوصية إضافية انتزاعية وليست حقيقية ، كما أنّ هذا يستلزم عادة نقصان قيمته عن الدرهم الرائج ، فتدلّ الرواية على ضمان القيمة الزائدة التي كانت للدرهم المعطى حين رواجه .

وفيه : أنّه يقال بأنّ الرواية معارضة برواية يونس الأُخرى الدالّة على أنّه ليس له إلّا الدراهم الأُولى . وقد يجمع بينهما بحمل الأُولى على فرض السقوط عن الرواج والنقدية نهائياً ، والثانية على مجرّد نقصان القيمة والوضيعة مع بقائه نقداً رائجاً حيث لم يصرّح فيها إلّا بالوضيعة . إلّا أنّ هذا الجمع ممّا لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّ ظاهر التعبير في الرواية الثانية ـ بأنّ السلطان قد أسقطها وأجاز غيرها ـ سقوط الدرهم الأوّل عن النقدية ، وما ذكر فيها من الوضيعة لا يعني أنّه رائج كنقد ، بل يعني أنّ قيمته باعتباره فضّة مسكوكة ولو كانت ساقطة عن النقدية أقلّ من الدرهم الفعلي ، هذا مضافاً إلى صراحة الرواية الثالثة ـ مضمرة صفوان ـ في أنّه ليس للدائن حتى في فرض السقوط عن الرواج إلّا دراهمه الأُولى حيث عبّر فيها « ولا يباع بها شيء » .

والتحقيق أن يقال :

أوّلاً : إنّ رواية يونس الأُولى غاية ما تدلّ عليه أنّ خصوصية النقدية والرواج تدخل في الضمان ، وهذا لا يستلزم ضمان نقصان قيمة الدرهم الرائج ؛ لأنّ النقدية وإن كانت من الأوصاف الانتزاعية إلّا أنّها من الحيثيات المهمّة التي تجعل الفضّة المسكوكة نقداً يتعامل به كثمن في المبادلات والمعاملات بحيث يكون النقد عنواناً مبايناً مع ما لا يكون نقداً من الأموال فتكون هذه الخصوصية من صفات المثل

لا محالة عرفاً ، وهذا بخلاف نقصان قيمة المال فإنّه لا بجعله عرفاً مالاً آخر ، ففرق بين زوال نقديةالفضّة المسكوكة وبين نقصان قيمته من هذه الناحية ؛ ولعلّ نكتته ما ذكرناه سابقاً من أنّ القيمة حيثيّة تعليلية في المال لا تقييدية . فالرواية الأُولى إذن أجنبية عن بحث ضمان نقصان القيمة حتى لو لم يكن لها معارض إلّا بضرب منالقياس وتنقيح المناط .

وثانياً : يمكن الجمع بين الرواية الأُولى والأخيرتين بما ذكره الصدوق ﷺ والشيخ ﷺ من أنّ المقصود بالرواية الأُولى ما إذا دفع له الدراهم وزناً لا بما هي من نوع معيّن بالخصوص ، فإنّ التعامل بها على ما يظهر من الروايات أيضاً كان باعتبار ما فيها من المثاقيل من الفضّة المسكوكة ؛ ومن هنا كانت توزن الدراهم والدنانير كثيراً في مقام التعامل والمحاسبة ، فإذا كان قد دفع له مقداراً من الدراهم بما هي فضّة مسكوكة بسكّة المعاملة من دون ملاحظة خصوصية السكّة المضروبة كان له أن يأخذ منه في مقام الوفاء أيضاً ما يعادله وزناً ـ كما هو ظاهر الصدوق ـ أو قيمة ـ كما هو ظاهر الشيخ في الاستبصار ـ من الدراهم الرائجة لضمان وصف الرواج والنقدية ، وإن كان قد دفع له الدراهم بما هي نقد معروف معيّن أي بخصوصية تلك السكّة لم يكن له إلّا الدراهم من تلك السكّة سواءً كانت رائجة أو راج غيرها ؛ لأنّ هذا هو مقتضى اشتغال ذمّة المدين بخصوص تلك السكّة ، وهذا معناه أنّ النقد الحقيقي يمكن أن يلحظ تارة كسلعة فيكون مضموناً بخصوصية ، وأُخرى يمكن أن يلحظ كنقد أي كفضة أو ذهب مسكوكين للتعامل مهما كانت سكّته ، فيكون المضمون ما يعادله من الفضة أو الذهب الرائجين للتعامل .

وهذا التفصيل الذي ذكره العلمان معقول جدّاً إلّا أنّه لا بدّ من قيام شاهد جمع عليه من الروايات . ولعلّ ما يمكن أن يكون شاهداً عليه : أنّ سياق التعبير في رواية يونس الأُولى يناسب المعنى الأوّل أي دفع الدراهم بما هي فضة مسكوكة بسكّة التعامل لا بخصوصيّته حيث عبّر فيها السائل بقوله : « فلي عليه تلك الدراهم

بأعيانها أو ما ينفق بين الناس» الظاهر في أنّه يرى الفرق بين ما أعطاه وبين ما ينفق كالفرق بين الأعيان والمصاديق وبين كل ما ينفق بين الناس ، فكأنّه إنّما كان قد أعطاه ما أعطاه سابقاً بعنوان كونه ممّا ينفق بين الناس في ذلك اليوم لا لخصوصية في سكّته ، وهذا بخلاف التعبير الوارد في الروايتين الأخيرتين فإنّ ظاهر التعبير فيهما ملاحظة كلّ من الدرهمين بسكّته بالخصوص ، ولو فرض أنّهما مطلقتان تشملان الصورتين فتخصّصان بالرواية الأُولى بما إذا كانت خصوصية السكّة ملحوظة ومطلوبة للدائن حين التعامل .

ثمّ إنّه يمكن أن يستدلّ أيضاً على عدم ضمان المدين لنقصان قيمة النقد بما دلّ من الروايات على أنّ الميزان بسعر يوم الوفاء لمن كان له على غيره دنانير أو دراهم ثمّ يتغيّر السعر قبل المحاسبة :

ففي صحيحة عبدالملك قال : «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه فيأخذ مكانها ورِقاً في حوائجه ، وهو يوم قبضت سبعة وسبعة ونصف بدينار وقد يطلب صاحب المال بعض الورِق وليست بحاضرة فيبتاعها له من الصيرفي بهذا السعر ونحوه ثمّ يتغيّر السعر قبل أن يحتسبا حتى صارت الورِق اثني عشر بدينار ، هل يصلح ذلك له ، وإنّما هي بالسعر الأوّل حين قبض كانت سبعة وسبعة ونصف بدينار ؟ قال : إذا دَفع إليه الورِق بقدر الدنانير فلا يضرّه كيف كان الصروف ، فلا بأس» [(١)] .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يكون له الدين دراهم معلومة إلى أجل فجاء الأجل وليس عند الذي حلّ عليه دراهم ، فقال له : خذ منّي دنانير بصرف اليوم ، قال : لا بأس به» [(٢)] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٣ ، الباب٩ من الصرف ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ١٧٢ ، الباب٣ من الصرف ، ح٢ .

وروايات أُخرى بنفس المضمون في نفس الباب .

وفي رواية يوسف بن أيّوب ـ شريك إبراهيم بن ميمون ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في الرجل يكون له على رجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فتصير الدنانير بزيادة أو نقصان قال : له سعر يوم أعطاه » [١] . وهي معتبرة أيضاً ؛ لأنّ يوسف هذا ينقل عنه ابن أبي عمير في شخص الرواية .

وتقريب الاستدلال بها أنّها جعلت الميزان والضابطة فيمن أراد وفاء ما عليه من الدينار أو الدرهم بالآخر بصرف يوم الدفع والوفاء لا يوم المحاسبة ولا يوم اشتغال ذمّة المدين بالدين إذا فرض تغيّر أسعار الصرف بالزيادة والنقيصة ، وهذا لازمه أنّ نقصان قيمة النقد المشتغل به الذمّة لا يكون مضموناً ولا يجب على المدين أن يدفع أكثر من قيمته يوم الوفاء بالنقد الآخر مهما كانت قيمته قبل ذلك .

وقد يناقش في هذا الاستدلال بأنّ الروايات المذكورة ناظرة إلى مسألة صرف الدينار بالدرهم وبالعكس فيكون المنظور إليه زمان تحقّق بيع الصرف وما بعده ، وأمّا تغيّر قيمة النقد الذي على المدين قبل الصرف فلا ربط له بالصرف ولا يكون ملحوظاً في جواب الإمام عليه السلام في هذه الروايات ، فلا دلالة لها على حكم نقصان قيمة النقد من تلك الناحية .

والجواب : أنّ الروايات وإن كانت ناظرة إلى صرف الدينار بالدرهم وبالعكس إلّا أنّه بعد أن كان حكم صرف أحدهما بالآخر وبأي سعر يتّفق عليه الطرفان واضحاً في نفسه وليس مورد السؤال في هذه الروايات ، فلا محالة يكون جهة السؤال فيها عن وفاء ما عليه من الدرهم أو الدينار بالآخر من غير مصارفة ومحاسبة على أساس أن يكون ذلك بسعره الواقعي ، وحيث أنّ سعره الواقعي يتغيّر ويختلف بحسب عمود الزمان بالزيادة والنقصان فيسأل السائل عن المعيار الذي

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٥ ، الباب٩ من الصرف ، ح٥ .

يمكن أن يكون عليه سعر المصارفة في المحاسبة ، والإمام ﷺ قد أجاب بـأنّ له سعر يوم الوفاء وأنّه لا يضرّه كيف كان الصروف . وهذا معناه إعطاء ضابطة كـلّية هي : أنّه إذا أراد أن يستوفي دينه بالمصارفة فليس له إلّا سعر يوم الدفع والوفاء ؛ لأنّ الوفاء يتحقّق فيه ، وكون مورد السؤال في بعض الروايات في فرض تغيّر سعر الصرف بعد زمان الوفاء لا يجعل الضابطة الكلّية المذكورة مخصوصة به دون فرض تغيّر السعر قبل زمان الصرف ، فإنّ هذا خلاف النكتة الكلّية المستفادة مـن هـذه الروايات ، وهي تحقّق الوفاء بالدفع والعطاء ووصـول المـال إلى الدائـن فـيكون الميزان بسعر الصرف حينه ، وهذا لا فرق فيه بين تغيّر سعر الصروف بعد الوفاء أو قبله . بل وهذا خلاف إطلاق صحيحة الحلبي المتقدّمة وأمثالها من الروايات .

فالحاصل : لا ينبغي الإشكال في دلالة هذه الروايات على فتوى المشهور من أنّ النقد الذي تشتغل به ذمّة المدين لو أراد الوفاء به بما يعادله من النقد الآخر فليس للدائن إلّا سعر يوم الوفاء ، وهذا لازمه أنّ النقد المذكور لو ارتفعت قيمته فلا بـدّ للمدين أن يدفعه بالقيمة المرتفعة عند الوفاء ، ولكن لو نقصت قيمته فلا يجب عليه إلّا سعر يوم الوفاء فلا يكون نقصان القيمة مضموناً حتى في النقد .

إلّا أنّ الروايات المذكورة كلّها واردة في النقد الحقيقي أي الدرهم والدينار ، وقد ذكرنا فيما سبق بأنّهما كالسلع والأموال الحقيقية الأُخرى لها مـالية ذاتـية قـائمة بخصوصيّتهما الجنسية بل والنقدية الخاصّة بحيث تكون هذه الخصوصية ملحوظة عرفاً ومأخوذة تحت الضمان ، فلا يمكن أن يستفاد منها حكم النـقد الاعـتباري المتمحّض ماليّته في الجنبة النقدية الاعتبارية . بل لا يمكن أن يستفاد منها عـدم ضمان نقصان قيمة الدرهم والدينار أي النقد الحقيقي إذا لوحظ في مقام دفعه جنبة النقدية وقوّته الشرائية محضاً بأن أقرضه مثلاً ألف درهم على أن يوفّيه قيمته اليوم بالقياس إلى الدينار أو السلع الأُخرى عند الوفاء بدرهم يوم الوفاء كما في قرض القيمي ، فإنّ هذا لا يمكن استفادة عدم صحّته من الروايات المذكورة ؛ لأنّ هـذا

النحو من التعامل القيمي لم يكن متعارفاً مع الدرهم والدينار ليتشكّل إطلاق في الروايات المذكورة لنفي جوازه . نعم ، قد يستفاد بطلانه في النقود الحقيقية على أساس صدق الربا القرضي والزيادة بلحاظ جنس الذهب والفضة الثابتين ، فيها وذاك بحث آخر تقدّم تفصيله ، كما أنّه لا يمكن أن يستفاد من هذه الروايات حكم ضمان الغرامة بالتلف والغصب ونحوها .

الخاتمة

وهي فيما يرتبط بهذه المسألة الخطيرة حيث إنّ هناك عدّة بحوث مرتبطة بمسألة التضخّم أو نقصان قيمة النقد إلّا أنّنا نقتصر على اثنين منها :

الأوّل : أنّ للتضخّم ونقصان قيمة النقد أثراً مهماً في باب الخمس حيث يمكن أن يقال على أساسه بعدم تعلّق الخمس في مال التجارة إذا ارتفعت قيمتها وكان ذلك على أساس التضخّم فحسب ؛ لأنّه بحسب الحقيقة من نقصان قيمة النقد وهبوطه لا ارتفاع قيمة السلعة التجارية . ومن هنا تكون قيمتها بالقياس إلى سائر السلع باقية على حالها ؛ لأنّها جميعاً ارتفعت أسعارها ، وهذا يؤدّي إلى أن لا يصدق عنوان الفائدة الربح أو الغنيمة الذي هو موضوع تعلّق الخمس ، فالتاجر وإن كانت قيمة ماله التجاري آخر السنة تشكّل رقماً وعدداً أكبر بالنقد الرائج كالتومان مثلاً إلّا أنّ ذلك لو كان من جهة هبوط قيمة النقد بذلك المقدار في جميع السلع الحقيقية فلا ربح للتاجر أصلاً ؛ إذ الربح والفائدة ليس قوامه بالرقم العددي والقيمة الاسمية للنقود ، بل بواقع ماليّتها وقوّتها الشرائية ، والمفروض أنّه لا ارتفاع فيها ، كيف وإلّا قد يلزم أن يدفع التاجر بالتدريج تمام رأس ماله خمساً كلّما ازداد التضخّم واستمرّ في كل سنة ، وهذا لعلّه واضح ، بل هو أوضح من مسألة ضمان قيمة التضخّم .

الثاني : وممّا يرتبط بهذا البحث أيضاً ويكون من تطبيقاته رأس مال المضاربة إذا كان نقداً ـ بناءً على صحّة المضاربة به ـ فإنّ نقصان قيمته نتيجة التضخّم وإن لم

يكن مضموناً على العامل لأنّه أمين إلّا أنّ البحث في ضمان الربح له وعدمه حيث أنّ الربح وقاية لرأس المال ، فإذا كان الملحوظ المالية والقوّة الشرائية للنقد المدفوع كرأس مال كان اللازم استثناء معادلها من الحاصل أوّلاً ، ثمّ اعتبار الباقي ربحاً يوزّع بين العامل والمالك بالنسبة . فما جاء في مقال بعض الباحثين من أنّ مسألة المضاربة لا ربط لها ببحث التضخّم في غير محلّه .

نعم ، يمكن أن يقال بأنّ المضاربة باعتبارها عقداً من العقود فعندما يكون النقد فيه بعدد معيّن محلاً للالتزام فظاهر الحال ملاحظة ذلك العدد المعيّن بخصوصيّة رأس المال فيكون الميزان بمقداره الاسمي لا بقيمته وقوّته الشرائية كما هو في سائر العقود والالتزامات .

إلّا أنّ هذا الأمر لا يصحّ في مثل المضاربة التي هي من العقود الإذنية لا العهدية ؛ إذ المال باقٍ فيه على ملك مالكه ولا ينتقل إلى العامل إلّا مقدار حصّته ممّا يصدق عليه الربح ، وقد ذكرنا أنّه لا يصدق الربح بازدياد عدد النقد مع التضخّم ، فالصحيح أنّ مقدار التضخّم يكون مضموناً من ربح التجارة للمالك في المضاربة ويكون ما عداه بينهما كما ذكرنا في موضوع الخمس ؛ لأنّ الربح لا يصدق إلّا فيما زاد على رأس مال المالك بماليّته وقوّته الشرائية لا بمقداره الاسمي . نعم ، لو حصل التضخّم قبل شروع الاتّجار والشراء برأس المال أمكن أن يقال بأنّ رأس المال هو المدفوع في المضاربة المالية الناقصة ، فتدبّر جيّداً .

والله الهادي للصواب



قاعدة

« بطلان ربح ما لم يضمن »

بعد بيان مفاد القاعدة ـ موضوعة البحث ـ وتشريح أدلّتها بـالتفصيل عالـج سماحة أُستاذنا (دام ظلّه) ما يمكن أن يورد عليها من الإشكالات . . ثمّ تطرّق لبعض التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة . . والذي شدّني كقارئ إلى هذا البحث هو النتيجة المهمّة التي رسا عليها من حيث سعة الثمرات العـملية المـترتبة عـليها ومـن حـيث مسـاحة الانـعكاس الفكـري لهـا باعتبارها تمسّ ركناً يُعدّ من مختصات النظرية الاقتصادية العامّة في النظام الإسلامي الحنيف . .

(التحرير)

قاعدة

«بطلان ربح ما لم يضمن»

إنّ البحث حول هذه القاعدة يقع في عدّة جهات :

الجهة الأُولى ـ في تعريف القاعدة وبيان المراد منها :

وهذا يتوقّف على تقديم مقدّمة حاصلها : أنّه لا إشكال في حرمة الربا وكونه من الكبائر التي تترتّب عليها مفاسد كثيرة . وفي الآيات [1] والروايات ما يدلّ على أنّ الربا من مسّ الشيطان ، وأنّ المرابي يأذن بحرب الله ورسوله ، وأنّه أشدّ من سبعين زنية بذات محرم في المسجد الحرام [2] ، إلى غير ذلك ممّا هو صريح في تشديد الشارع الأقدس في المنع عنه .

ولا إشكال في أنّ الشارع قد حرّم جملة من المعاملات التي تـنتهي إلى الربا روحاً ولبّاً أيضاً ، بل وحرّم جملة من المعاملات المشابهة للربا كحريم للمنع عن الوقوع في الربا ، ولعلّ تحريمه ربا البيع من هذا القبيل .

والخصوصيّة البارزة في الربا الجاهلي الأصلي الذي كان هو ربا القرض ـ أعني الإقراض بزيادة في قبال الأجل ـ أنّ المالك للمال يستثمر ويستفيد من المقترض

---

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٤٢٣ ، ب١ من أبواب الربا ، ح١ .

زيادة على رأس ماله ظلماً وعدواناً رغم أنّه قد ضمّنه رأس ماله بحيث لا تكون عليه خسارة فيه ، بل تكون الخسارة والهلكة للمال على المقترض ، ورأس المال بتمامه مضمون للمالك مردود إليه . ومن هنا اعتبرت الفائدة زيادة وربا ؛ لكونه أكلاً من مال الآخرين واسترباحاً بأموالهم بلا دفع مقابل ، ولهذا اعتبر ظلماً عند العقل والعقلاء وبصريح القرآن الكريم .

وبهذا يختلف الربح الربوي عن الربح التجاري ؛ فإنّ حصول الربح التجاري بل سائر أقسام الاسترباح برأس المال كالربح الزراعي والصناعي ـ الانتاج ـ يكون رأس المال باقياً على ملك المالك المستربح بحيث تقع كلّ خسارة ودرك وهلكة أو عيب فيه عليه ، فهو يربح بمال لو هلك وتلف كان دركه وخسارته عليه ومن كيسه ، فيحقّ أن يكون ربحه له ؛ لأنّه ربح ماله ، بخلاف المال الذي يكون مضموناً على الغير ، كما في الربا ، فإنّه بعد أن كان رأس المال مضموناً ومحفوظاً لمالكه كان الربح زيادة وربا لا يستحقّه ، بل يستحقّه الذي من يكون رأس المال من كيسه .

إذا اتضحت هذه المقدّمة عندئذٍ نقول : بأنّ الشكل الصريح والظاهر للربا والزيادة على رأس المال هو ربا القرض ، حيث يملك فيه المقترض المال بالقرض من المقرض ، فيخرج عن ملكه إلى ملك المقترض ، فإذا أراد أن يقبض منه المقرِض أكثر ممّا ملّكه كان ربا وزيادة على رأس ماله ، وهذا هو الربا الصريح .

إلّا أنّه ربّما يتحايل للوصول إلى النتيجة نفسها بأشكال أُخرى من المعاملات ، لا تكون بحسب ظاهرها وشكلها وصيغتها القانونية زيادة ماليّة يأخذها من الغير ، بل ظاهرها استرباح المالك بماله الباقي على ملكه ، فيكون نماءً له يستحقّه كالأرباح التجارية الأُخرى . إلّا أنّها روحاً ولبّاً تكون من الربا ؛ لأنّها تحتوي على الخصيصة التي أشرنا إليها في الربا ، وهي أنّ رأس مال المالك يكون مضموناً على الغير رغم بقاء الملكية الشكلية للمالك ، أو كون المعاملة بيعاً لا إقراضاً وتضميناً لرأس المال على الآخر قانوناً ، ولكنّه لبّاً وروحاً تكون ماليّة لرأس المال مضمونة للمالك على

الطرف الآخر بحيث لا يتحمّل المالك خسارة من ناحية رأس ماله ، أي لا يكون ضمانه على المالك في تلك المعاملة إلّا أنّ ربحه له .

وهذا هو المقصود من النهي عن ربح ما لم يضمن ، أي ربح المالك لمال لا يكون ضمانه وبدله عليه ، فالمراد من بطلان ربح ما لا يضمن هذا المعنى ، وسيأتي مزيد تفصيل وتوضيح له . والمراد من النهي عن ربح ما لا يضمن : المنع عن الاسترباح وأخذ الزيادة والربح على مال لا يضمنه صاحبه إذا قرئ مبنيّاً للفاعل ، أو لا يكون ضمانه عليه إذا قرئ مبنيّاً للمفعول .

وهذه قاعدة شرعية لسدّ باب التوصّل إلى الربا روحاً بطريق وشكل قانوني غير الإقراض بفائدة ، كما أنّ هناك معاملات أُخرى منع عنها للهدف نفسه كالبيع بسعرين نقداً ونسيئة في بيع واحد ، وسلف وبيع ، وغير ذلك ممّا سنتعرّض لها ضمن الأبحاث القادمة .

وهذه القاعدة ـ أعني المنع عن الاسترباح برأس المال غير المضمون على مالكه ـ إذا استطعنا إثباتها بكلّيتها من الروايات سوف يكون لها تطبيقات مهمّة في أبواب عديدة من فقه المعاملات ويكون لها دور خطير في النظرية الاقتصادية على ما سنشير إليه في محلّه إن شاء الله تعالى .

الجهة الثانية ـ في مدرك القاعدة المزبورة :

وهي طوائف عديدة من الروايات ، إلّا أنّا نتحدّث هنا عمّا ورد فيه عنوان القاعدة ، والروايات الأُخرى التي قد يمكن استفادة القاعدة منها ـ لكونها واردة في تطبيقات القاعدة ـ نؤجّلها إلى جهة أُخرى ، فنقول :

ما دلّ على النهي عن ربح ما لم يضمن بهذا العنوان ـ والذي منه انتزعنا عنوان القاعدة ـ قد ورد عن النبيّ الأعظم ﷺ ضمن مناهي عديدة نقلها العامّة والخاصّة بأسانيد صحيحة عند الطرفين . فقد ورد في سنن العامّة بسند صحيح عندهم : « أنّ النبيّ ﷺ قد نهى عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن ربح ما لا يضمن ،

وعن بيع ما ليس عندك » [١] .

وفي طرقنا وردت روايات عديدة عن أئمّة أهل البيت عليهم السلام ينقلون عن النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم النهي المذكور :

ففي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن » [٢] .

والسند صحيح إذا استظهرنا انصراف عنوان سليمان بن صالح إلى الجصّاص المعروف والثقة ، كما لا يبعد .

وفي موثّقة عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رجلاً من أصحابه والياً فقال له : إنّي بعثتك إلى أهل الله ـ يعني أهل مكّة ـ فانهِهم عن بيع ما لم يقبض ، وعن شرطين في بيع ، وعن ربح ما لم يضمن » [٣] .

والسند تام .

ونقل الصدوق في حديث المناهي بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين ابن زيد عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : « ونهى عن بيع وسلف ، ونهى عن بيعين في بيع ، ونهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم تضمن » [٤] .

إلّا أنّ السند غير تامّ ؛ لعدم توثيق شعيب ، على أنّ الوارد فيه عنوان النهي

---

(١) المستدرك على الصحيحين ٢ : ٢١ . ط / دار الكتب العلمية ـ بيروت .

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب٢ من أحكام العقود ، ح٤ .

(٣) المصدر السابق ١٢ : ٣٨٢ ، ب١٠ من أحكام العقود ، ح٦ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤ : ٤ ، ب١ من مناهي النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم ، وقد ورد الحديث بما يقرب من ذلك في الوسائل ١٢ : ٣٧٤ ، ب٧ من أحكام العقود ، ح٥ .

عن بيع ما لم يضمن ، لا ربح ما لم يضمن ، فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما لم يقبض ـ الوارد في موثّقة عمّار ـ أو يكون هناك تصحيف في نسخ الفقيه .

فالمهمّ الروايتان السابقتان .

وينبغي التعرّض لفقه هذه الطائفة وتوضيح معنى الفقرات الواردة فيها ، فنقول :

العناوين الواردة في مجموع هذه الروايات كالتالي :

١ ـ النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع .

٢ ـ النهي عن بيعين في بيع .

٣ ـ النهي عن شرطين في بيع .

٤ ـ النهي عن بيع ما لم يقبض .

٥ ـ النهي عن بيع ما ليس عندك .

٦ ـ النهي عن ربح ما لم يضمن .

٧ ـ النهي عن بيع ما لم يضمن .

وقد اتّضح لك أنّ العنوان الأخير قد ورد بسند غير تامّ ، فيبقى البحث في العناوين الأُخرى .

العنوان الأوّل :

أمّا الأوّل ـ وهو النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع ـ فقد فسّره بعض الفقهاء ببيع شيء نقداً بكذا ونسيئة بأكثر .

إلّا أنّ هذا التفسير خلاف الظاهر في نفسه وبقرينة الروايات الأُخرى ؛ لأنّ السلف في مقابل النسيئة كالقرض ، بل هو هو ، فلا يصحّ التعبير عنها بسلف وبيع ، هذا مضافاً إلى أنّ بيع شيء نقداً بكذا ونسيئة بكذا بيع واحد لا بيعان ، ولهذا قد عبّر عنه في الروايات بشرطين في بيع أو بيعين في بيع ، بل ورد ذلك في نفس هذه الروايات أيضاً ، مع أنّ ظاهر عنوان سلف وبيع أو بيع وسلف وجود معاملتين مستقلّتين جمع بينهما المتعاملان .

وقد يفسّر السلف بشراء الشيء سلفاً ثمّ يبيعه قبل موعده وقبل قبضه .

إلّا أنّ هذا الاحتمال ـ مضافاً إلى عدم صحّته فقهياً ، وقد دلّت الروايات على الصحّة فيه ـ خلاف الظاهر ؛ إذ السلف اسم لما يقبض حالاً ليؤخذ بدله مستقبلاً ، ولذا يصدق على القرض ، فيكون النظر إلى نفس السلف ، لا ما قد يشترى بالسلف ، ولهذا ورد في رواية أُخرى النهي عن بيع وسلف [١] ، بل ظاهر النهي عن سلف وبيع إرادة النهي عن عمل كان يحقّق بمجموع أمرين السلف والبيع ، وهذا لا يناسب أن يكون المراد منه بيع ما اشترى أوّلاً سلفاً ، وإلّا كان المنهي عنه هو البيع بالخصوص لا السلف .

وقد يفسّر ببيع شيء بأكثر سلفاً ثمّ شرائه بأقلّ نقداً أو بالعكس ، وهما حيلتان من حيل الربا أيضاً .

إلّا أنّ هذا وإن كان باطلاً على ما يستفاد من بعض روايات العينة إلّا أنّ حمل النهي عن سلف وبيع على ذلك خلاف الظاهر ؛ إذ هو من بيع النسيئة ثمّ الشراء بنقد ، ولا يسمّى النسيئة بالسلف ، بل هو مقابل له .

والظاهر بل المطمأنّ به أنّ المقصود من سلف وبيع أن يقرضه ويسلفه مالاً ـ والقرض هو السلف ، يقال : أسلفه أي أقرضه [٢] ـ ولكن مع التباني على أن يبيعه شيء آخر بأكثر من قيمته محاباة فيربحه فيه ، فيقرضه مثلاً مئة دينار ويبيعه خاتماً لا يسوى أكثر من دينار بعشرة دنانير ، فتشتغل ذمّة المقترض بحسب النتيجة بمئة وعشرة دنانير ، وهذه طريقة متّبعة في حيل الربا ، فالنهي المذكور عن النبيّ ﷺ للمنع عن ذلك .

ومنه يعرف : بطلان اشتراط الإقراض والسلف في بيع أو في أي عقد آخر مثله

---

(١) راجع رواية سليمان بن صالح المتقدّمة .

(٢) لسان العرب ٦ : ٣٣١ .

كالإجارة إذا كان أحدهما مشروطاً ومنوطاً بالآخر لبّاً وروحاً ؛ إذ لا خصوصيّة للبيع . ومنه يثبت بطلان ما تداول اليوم وأفتى المشهور بصحّته من الإيجار والسلف للتحايل والتوصّل إلى الربا .

ولا يقال : إنّ النهي عمّا إذا كان السلف والإقراض أولاً والبيع أو الإيجار بما يربح المقرض شرطاً فيه ، لا العكس .

فإنّه يقال : ـ مضافاً إلى إطلاق النهي للصورتين ؛ لأنّ المتفاهم منه النهي عن الجمع بين السلف والبيع بنحو يكون أحدهما منوطاً بالآخر ومعه ، وأنّ التقديم في ذكر السلف ليس إلّا للجمع بينهما لا للترتيب ـ إنّ بعض الروايات قدّم فيها البيع فقيل : نهى عن بيع وسلف .

نعم قد ورد جواز القرض والبيع المحاباتي في بعض روايات حيل الربا ، وهي على قسمين :

قسم منها ورد بعنوان صحّة القرض مع البيع المحاباتي : ـ

منها ـ رواية محمّد بن إسحاق بن عمّار ، قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام إنّ سلسبيل طلبت مني مئة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف فأُقرضها تسعين ألفاً ، وأبيعها ثوب وشيء تقوم بألف درهم بعشرة آلاف درهم ؟ قال : لا بأس » [(١)] .

ومنها ـ رواية محمّد بن سليمان الديلمي عن أبيه عن رجل كتب إلى العبد الصالح عليه السلام يسأله : « إنّي أُعامل قوماً أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجل معلوم ، وأنّهم سألوني أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم ، فهل عن حيلة لا أدخل في الحرام ؟ فكتب إليه : أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تربح عليهم » [(٢)] .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٩ ، ب٩ من أحكام العقود ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ح٧ .

وقسم منها ورد في تأجيل الدين والسلف ، لا تأجيله بالبيع المحاباتي : ـ

منهـــا ـ رواية عبد الملك بن عتبة (عقبة) قال : « سألته عن الرجل يـريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب منّي مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤةً تسوى مئة درهم بألف درهم ، فأقول : أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أُؤخّركَ بثمنها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لا بأس » [١] .

ومنهـــا ـ موثّقة مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عيّنها إيّاه ، فلما حلّ عليه المال لم يكـن عـنده مـا يعطيه ، فأراد أن يقلب عليه ويربح أيبيعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مئة درهم بألف درهم ويؤخّره ؟ قال : لا بأس بذلك ، قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه ، وأمرني أن أفعل ذلك في شيء كان عليه » [٢] .

ومنهـــا ـ موثّقة محمّد بن إسحاق بن عمّار قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لـي على الرجل دراهم فيقول أخّرني بها وأنـا أُربـحك فـأبيعه جُـبَّةً تُـقوّم عـليَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بـعشرين ألفـاً وأؤخّـره بـالمال ؟ قـال : لا بأس » [٣] .

فيقع التعارض بين هذه الروايات وروايات النهي عن سلف وبيع .

ويمكن أن يجاب أمّا عن القسم الأوّل :

فأوّلاً : إنّ الروايتين الواردتين فيه ضعيفتان سنداً ؛ إذ في سند الأوّل عـلي بـن حديد ، وفي الثاني سليمان الديلمي ، والإرسال .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٩ ، ب ٩ من أحكام العقود ، ح ٥ .

(٢) المصدر السابق : ح٣ .

(٣) المصدر السابق : ح٤ .

وثانياً : إنّ ظاهرهما إيقاع البيع مستقلاًّ عن السلف ، لا بنحو يكون أحـدهما مشروطاً بالآخر ومنوطاً به في عالم الإنشاء . أمّا الأُولى فلأنّه قد ورد في ذيلها بنقل الكافي حيث علّق عليها « وفي رواية أُخرى لا بأس به أعطها مئة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف ، واكتب عليها كتابين» . فإنّ التعبير بـ« اكتب عليها كتابين » معناه أنّ هناك معاملتين إحداهما مستقلّة عن الأُخرى ، وليست شرطاً فـيها ، لا أقـلّ مـن احتمال هذا المعنى الموجب للإجمال .

وأمّا الثانية ، فلأنّ الظاهر منها أنّ القوم كان من قصدهم على كلّ حـال شـراء نصف الدقيق ، والإمام عليه‌السلام علّم البائع طريقاً واقعيّاً للتوصّل إلى ربحه من دون أن يجعل ذلك شرطاً في القرض أو البيع ، كيف ! ولو أُريد الشرطية كان ظاهرها عندئذٍ اشتراط الزيادة في ثمن الدقيق ضمن عقد الإقراض ، وهو ربا قطعاً ، فالرواية غير ظاهرة في الاشتراط والإناطة أصلاً . وهذا بخلاف النهي عن سـلف وبـيع أو بـيع وسلف ؛ فإنّ ظاهره إناطة أحدهما بالآخر واشتراطه به في مقام الإنشاء .

وأمّا القسم الثاني : فقد يتصوّر وقوع التعارض بينه وبين النهي عن سلف وبـيع بناءً على التفسير المتقدّم له ، بل ومع سائر أدلّة الربا كالروايـات الدالّـة عـلى أنّ كلّ قرض جرّ شيئاً ـ نفعاً ـ فهو ربا ، كما في صحيحة يـعقوب بـن شـعيب عـن أبي عبد الله عليه‌السلام قـال : « سألته عن الرجل يسلم في بـيع أو تـمر عشـرين ديـناراً ويقـرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً ، قال : لا يـصلح إذا كـان قرضاً يَجرُّ شيئاً فلا يصلح ، قال : وسألته عن رجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولولا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه ، فقال : إن كان معروفاً بينهما فلا بأس ، وإن كان إنّـما يـقرضه مـن أجـل أن يـصيب عـليه فلا يصلح » [١] .

---

(١) الوسائل ١٣ : ١٠٥ ، ب١٩ من الدين والقرض ، ح٩ .

وهذه الرواية بنفسها دليل على بطلان مثل هذه المعاملات ، أعني البيع والسلف من أجله بنحو مشروط به حتى إذا كان البيع مقدّماً والإقراض شرط في البيع المحاباتي الذي يصيب فيه .

وفي موثّقة محمّد بن قيس عن أبي جعفرعليه السلام قال : « مَن أقرض رجلاً وَرِقاً فلا يشترط إلّا مثلها ، فإن جُوزيَ أجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابةٍ أو عاريةٍ متاع يشترط من أجل قرض وَرِقه » [١] . وفي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا أقرضت الدراهم ثمّ جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط » [٢] . وموثّق إسحاق بن عمّار قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة ، فينيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة ، أيحلّ ذلك ؟ قال : لا بأس إذا لم يكن يشرط » [٣] . ومفهومه أنّه مع الشرط لا يجوز ، وهو مطلق من حيث كون الشرط ضمن القرض أو البيع .

تفصيل المشهور :

وقد فصّل المشهور في البيع المحاباتي مع القرض ـ بل والإجارة كذلك ـ بين اشتراط القرض ضمن عقد البيع أو الإجارة فيصح وبين العكس فلا يصح ؛ إمّا بدعوى عدم شمول الأدلّة المانعة عن الربا أو النهي عن سلف وبيع لما إذا كان الإقراض شرطاً في البيع ، أو لو فرض الإطلاق فيها فباعتبار ظهور الروايات الدالّة على جواز البيع المحاباتي مع شرط التأجيل أو الإقراض في الجواز ، فتقيّد إطلاقات الحرمة بما إذا كان الشرط ضمن عقد القرض ؛ فإنّه الذي يكون ربا وشرطاً

---

(١) الوسائل ١٣ : ١٠٥ ب ١٩ ، من الدين والقرض ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ب٢٠ ، ح١ .

(٣) المصدر السابق : ١٠٦ ، ب١٩ ، ح١٣ .

يجرّ نفعاً ؛ لأنّ شرط المحاباة نفع زائد ، إمّا بلحاظ ماليّة نفس البيع المحاباتي أو بلحاظ ما يؤول إليه بالنتيجة من تملّك الماليّة الزائدة .

مناقشة المشهور :

إلّا أنّ الإنصاف : عدم تمامية هذا التفصيل لا في نفسه وبلحاظ أدلّة تحريم الربا ، ولا بلحاظ الروايات الخاصّة .

أمّا الأوّل : فلأنّ الربا صادق في الصورتين ، لا من جهة أنّ إنشاء البيع بشرط الإقراض نفس إنشاء القرض بشرط البيع ، والفرق بينهما باللفظ ليقال بأنّ الأُمور الإنشائية حقيقتها وقوامها بالإنشاء والمنشأ الاعتباري ، ومن الواضح أنّ مضمون البيع بشرط القرض غير مضمون الإقراض بشرط البيع ، فلكلّ منهما ماهيّته الاعتبارية ويترتّب على كلّ منهما أحكامه الخاصّة ، ولعلّ هذا معنى الحديث «إنمّا يحلّل الكلام ويحرّم الكلام » [١] .

بل من جهة أنّ الربا المحرّم ـ بحسب مفهومه العرفي وبحسب المستفاد من الروايات المتقدّمة وغيرها ـ هو الزيادة على رأس المال الذي يلزم به المدين قانونيّاً في قبال التأجيل ومن أجله ، فكلّ زيادة صدق عليها أنّها من أجل القرض وكان ملزماً قانوناً فهو ربا ، سواء ألزم بذلك في نفس عقد القرض بنحو الشرط ونحوه ، أو كان ملزماً به نتيجة عقد آخر كالبيع المحاباتي أو الإجارة بشرط الإقراض ، أو نتيجة نفس التأجيل ومرور الزمن على الدين كحكم قانوني ، فإنّه بحسب النتيجة يكون المقترض ملزماً قانوناً بأن يدفع إلى المقرض زائداً على رأس ماله مالاً آخر ، وهو ما اشتراه محاباة بأكثر من قيمته السوقية ، فإنّ كون الزيادة في مقابل البيع في البيع إنشاءً لا يمنع عن صدق أنّه في مقابل القرض إلى أجل ومن أجله .

والحاصل : ليس الربا عنواناً للزيادة في بدل القرض بنحو الجزئية أو الشرطية

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٦ ، ب٨ من أحكام العقود ، ح٤ .

ضمن عقد القرض بالخصوص ، بل الثابت بالآيات والروايات أنّ مطلق الزيادة اللزومية في مقابل الأجل يكون رباً ، فيكون هناك شرطان لصدق الربا عرفاً وشرعاً ، أحدهما الإلزام القانوني بالزيادة ، والآخر كونه من أجل الإقراض والتأجيل وإن لم يكن ضمن إنشاء عقد القرض . كما أنّ الروايات المتقدّمة الدالّة على بطلان اشتراط النفع من أجل القرض مطلقة تشمل كلتا الصورتين ، خصوصاً صحيح ابن شعيب وموثّقة محمّد بن قيس ، إذ الأوّل ظاهر في أنّه إنّما يقرضه من أجل أن يحارفه ويجازيه بالبيع المحاباتي ونحوه الذي قد يقال بظهوره في جعل ذلك شرطاً في الإقراض ، والثاني منهما ورد فيه النهي عن الاشتراط من أجل قرض ورقه ولم يقل الاشتراط في قرض ورقه ، فهو أعمّ من أن يكون الاشتراط بمعنى اللزوم على المقترض من جهة الشرط في ضمن القرض أو بالعكس ، وإنّما المهمّ أن يكون ملزماً به وأن يكون من أجل القرض ، وهذا يصدق في الحالتين ؛ لأنّ الإلزام حاصل فيه ولو بالعقد المحاباتي، وكونه من أجل القرض أيضاً صادق عرفاً جزماً .

وهكذا يتضح : أنّه على القاعدة ومع قطع النظر عن رواية النهي عن بيع وسلف أيضاً يكون الحكم هو المنع في الحالتين .

وأمّا الثاني : فلأنّ الروايات الخاصة الناهية قد عرفت إطلاقها للحالتين ، والروايات المرخّصة القسم الأوّل منها لم تتمّ سنداً ولا دلالة ، والقسم الثاني لا تدلّ أيضاً على صحّة اشتراط المحاباة في الإقراض ، بل مفادها مفاد ما دلّ على أنّ المقترض إذا أعطى المقرض مالاً هدية ولو بقصد أن يصرفه عن المطالبة بماله فله ذلك ، كما في موثّق عمّار المتقدّم وغيره ؛ لورودها في البيع المحاباتي الذي يقع بعد تحقّق القرض ، وفي ذلك لا يكون المقترض ملزماً بالإقدام عليه ، وليس في الروايات ما يدلّ على لزوم ذلك على المقترض ، فلو أقدم عليه كان حاله حال الإقدام على إعطاء هدية ومال إلى المقرِض كي لا يطالبه بدينه ، فهو من دفع الزيادة الطوعية التبرّعية لا اللزومية ، بخلاف ما إذا كان أصل الإقراض شرطاً في البيع

المحاباتي فإنّه من حين تحقق القرض يكون ملزماً بالزيادة . فالروايات المذكورة أجنبية عن باب الربا .

ومع ذلك يكون كلّ من الإقراض بشرط البيع أو الإيجار المحاباتي أو العكس باطلاً ؛ لكونهما ربا حقيقة ، فتشمله عمومات حرمة الربا ، ولإطلاق نهي النبيّ ﷺ عن سلف وبيع [(١)] ، وإطلاق بل ظهور صحيح يعقوب بن شعيب [(٢)] ، وإطلاق روايات «ما لم يكن يشرط» المتقدّمة [(٣)] ؛ فإنّ البيع أو الإيجار المحاباتي إذا كان مع السلف والقرض فلا محالة كان المقترض من أوّل حصول القرض والاقتراض ملزماً بدفع الزيادة من أجل القرض وهذا هو الربا ، بخلاف ما إذا تحقّق القرض بلا إلزام بدفع الزيادة ولكنّه أراد دفع مطالبة المالك بالتبرّع بهدية له أو بيع محاباتي معه من أجل أن يطمع فلا يطالب من دون أن يكون المقترض ملزماً به ، فإنّ هذا ليس إلزاماً بالزيادة على تقدير القرض ؛ لأنّ القرض متحقّق ولو لم يقدم على المعاملة المحاباتية ، بل هو تسبيب من المقترض بأن يبقي المقترض قرضه ولا يطالب بهدية أو محاباة ، وهذا هو الذي ورد في رواية مسعدة أنّ الإمام كان يأمر به أو يصنعه في دَينه نفسه ، فكم فرق بين المطلبين ! نعم هو ملزم تكويناً إذا أراد عدم مطالبة الدائن ، وهذا حقّه مع عدم الإعسار في المدين .

إلّا أنّ الربا هو الزيادة الملزمة قانوناً في قبال الأجل ، لا لزوم دفع الزيادة ليرفع الدائن يده عن حقّ مطالبته تكويناً ، وكون الزيادة المدفوعة كهدية أو كمحاباة في مقابل الأجل وكون المقترض ملزماً بدفعه بعد عقد المحاباة لا يجعله رباً طالما لا يكون إقدامه على أصل العقد المذكور إلزامياً عليه قانوناً بحيث يمكنه أن لا يقدم

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب٢ من أحكام العقود ، ح٤ .

(٢) المصدر السابق ١٣ : ١٠٥ ، ب١٩ من الدين والقرض ، ح٩ .

(٣) المصدر السابق : ب١٩ و ٢٠ من الدين والقرض ، ح١٣ ، ١ .

عليه ويكون قرضه صحيحاً أيضاً .

ودعوى : أنّ المرابين يمكنهم أن يقرضوا أوّلاً إلى مدّة ولو قصيرة ، وبعد ذلك يشترطون للتأجيل المحاباة .

مدفوعة : بأنّ هذا لا يحقّق هدف المرابين إن لم يكن من حين القرض يشترط البيع المحاباتي فيما بعد ؛ إذ لو لم يقدم عليه المقترض كان القرض تامّاً ولم يستحق المرابي شيئاً ، بل لا يستحقّ المطالبة أيضاً برأس ماله مع الإعسار .

هذا ، ولو فرض أنّ مطلق الإلزام بالزيادة في مقابل التأجيل من القرض المتحقّق سابقاً رباً أيضاً ـ كما قد يدّعى استفادة ذلك من بعض الروايات المانعة ـ أمكن حمل الروايات من القسم الثاني على صورة ما إذا لم يكن شرط التأجيل بل مجرّد الداعي ، وإن كان هذا لعلّه خلاف ظاهر بعضها .

العنوانان الثاني والثالث :

وأمّا العنوان الثاني ـ وهو النهي عن بيعين في بيع ـ فقد اتّضح معناه ، فيكون نفس معنى النهي عن شرطين ؛ في بيع ، ولهذا نجد أنّه في صحيح عمّار عبّر بدلاً عن بيعين في بيع بشرطين في بيع ، وهذا أصرح في إرادة ما ذكرناه من بيع شيء بثمنين حالاً ومؤجّلاً ؛ لأنّ الشرط يطلق على الثمن كثيراً في الروايات وفي الاستعمالات اللغوية كما يظهر بمراجعتها ، بل في معتبرة السكوني عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه عليهم السلام : « أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين ، بالنقد كذا وبالنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على ذلك الشرط ، فقال : هو بأقل الثمنين ، وأبعد الأجلين ، يقول : ليس له إلّا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة »[١] .

واحتمل بعض في معنى بيعين في بيع ما يصنعه بعض من يريد الحيلة في ربا

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٧ ، ب٢ من أحكام العقود ، ح٢ .

الفضل والبيع ، كمن يريد أن يبيعه منّاً من حنطة بمنّين ، فيجعله بيعين أحدهما مشروط بالآخر بأن يقول : بعتك المنّ بدينار على أن تبيعني المنّين بدينار ، فيتوصّل إلى غرضه بذلك .

إلّا أنّ هذا التفسير خلاف الظاهر ـ وإن كان الصحيح بطلان البيعين كذلك إذا كان المبيع من الجنس الربوي ـ لأنّ الظاهر من بيعين في بيع أن تكون الصفقة والبيع واحدة حتى صورة لا متعدّدة ، على أنّ هذا عندئذٍ كان ينبغي تخصيصه بالجنس الربوي ؛ لأنّ ربا البيع يكون فيه بالخصوص .

وقد يفسّر «البيعان في بيع» بما سيأتي في بعض الطوائف القادمة من الروايات من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، كمن يريد أن يشتري متاعاً وليس له مال ، فيأتي من له مال فيقول له : اشتر لي المتاع من صاحبه وأزيدك نظرة ، فيشتريه له ويقع له بنفس الشراء صفقة واحدة ، فيكون من بيعين في بيع .

إلّا أنّ هذا الاحتمال أيضاً خلاف الظاهر ؛ إذ منصرف بيعين في بيع تعدّد البيع من حيث نفسه ، لا من حيث طرفه ومن له البيع الذي بلحاظه عبّر بالصفقة . وتعدّد البيع من حيث نفسه لا يكون إلّا بتعدّد الثمن في البيع الواحد ، لا تعدّد الطرف ؛ فإنّ المناسب معه أن يوجه النهي إلى الثلاثة ، فيقال لا تجعلوا صفقتكم واحدة .

فالأظهر أنّ المراد من النهي عن بيعين في بيع نفس العنوان الثالث ، وهو النهي عن شرطين في بيع .

والوجه في بطلان هذه المعاملة ليس ما ذكره جملة من الفقهاء من أنّ لازمه مجهوليّة الثمن وعدم تعيّنه ونحو ذلك ، وهو غرر موجب للبطلان ؛ لوضوح عدم جهالة في البين بعد أن كان المقدار على كلّ تقدير من التقديرين معلوماً ، كما أنّه لا تردّد في الثمن بعد أن كان الثمن هو الجامع والكلّي بين العشرة نقداً أو خمسة عشر إلى سنة مثلاً نسيئة ، فيكون نظير بيع الكلّي في المعيّن ، ولهذا لا يحكم بالبطلان لو باعه شيئاً بالجامع بين عشرة دراهم نقداً أو نسيئة إلى مدّة مثلاً .

هذا كلّه ، مضافاً إلى صراحة معتبرة السكوني المتقدّمة مع معتبرة أُخـرى هـي موثّقة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : من بـاع سلعة فقال : إنّ ثمنها كذا وكذا يداً بيد وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة ، فليس له إلّا أقلهما ، وإن كانت نظرة » [(١)] في صحّة البيع ولكنّه يقع بأقل الثمنين ـ أي بثمن النقد ـ وأبعد الأجلين ، ممّا يعني أنّ المنهي عنه هو أخذ الزيادة المجعولة بإزاء التأجيل ، فهي غير مستحقة للبايع ، فتمام النظر إلى تحريم ذلك لكونه من الربا ولو لبّاً وروحاً بحسب قصد المتبايعين ، لا إلى حيثيّات الصياغة وإنشاء البيع ، كما هو مقتضى التعليل المشهور لهذا الحكم ، وإلّا لزم بطلان البيع وعدم وقوعه حتى بأقلّ الثمنين حالاً فضلاً عن وقوعه به مؤجّلاً .

دعوى التعـارض :

وقد جعل بعض الفقهاء هاتين الروايـتين المـعتبرتين مـعارضتين مـع مـوثّقة عمّار [(٢)] المتقدّمة ورواية سليمان بن صالح [(٣)] بناءً عـلى اعـتبارها وإرادة نـفس المعنى من فقرة النهي عن بيعين في بيع الواردة فيها ، حيث إنّ ظاهر النهي فـيهما الإرشاد إلى البطلان مطلقاً ، وعندئذٍ إمّا يحمل النهي على الكراهة ، كما عن السيّد المرتضى في الناصريات [(٤)] ، أو يحكم بالتعارض والتساقط والرجوع إلى الأصل المقتضي للبطلان مثلاً على أساس الجهالة أو التردّد في الثمن .

الجـواب :

إلّا أنّ هذه الكلمات غير تامّة ؛ إذ ـ مضافاً إلى عدم صحّة الحمل على الكراهة

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٨٢ ، ب١٠ من أحكام العقود ، ح٦ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦٨ ، ب٢ من أحكام العقود ، ح٤ .

(٤) الناصريات (ضمن الجوامع الفقهية) : ٢٥٢ .

في الأوامر والنواهي الإرشادية ، خصوصاً مثل هذا النهي المؤكّد من قبل النبيّ ﷺ ، وعدم كون مقتضى القاعدة الفساد والبطلان ، لعدم الغرر وعدم التردّد في الثمن ـ أنّ أصل المعارضة غير تامّة ، لأنّ روايتي السكوني ومحمّد بن قيس لا تدلّان على صحّة شرطين في بيع ، بل تدلّان أيضاً على بطلانه بالنحو الذي يريده البائع وعدم تحقّق غرضه كما هو مفاد رواية النهي ، وإنّما تزيد عليه أنّه يقع البيع بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين ، وهذا ما لا تنفيه رواية النهي ؛ لأنّها تدلّ على عدم تحقّق ما يريده البائع ويقصده من وقوع الجامع بين الأقلّ نقداً والأكثر نسيئة ثمناً للمبيع ، فلا تعارض في البين ، ولو فرضت دلالته على البطلان المطلق فمن باب السكوت والإطلاق المقامي القابل للتقييد بروايتي السكوني ومحمّد بن قيس ، بل هما كالقرينة على التفسير وبيان أنّ البطلان بلحاظ ما قصده البائع لا البطلان المطلق ، وهذا واضح .

وبهذا يظهر : أنّ النهي المذكور أيضاً يراد منه المنع عن التوصّل إلى الربا بالتحايل من خلال جعل مقدار من الثمن بإزاء التأجيل ، بل هو من الربا بالتفسير المتقدّم للربا ، وهو كلّ زيادة ملزم بها من عليه المال في قبال الأجل ، فإنّ البيع المذكور يجعل المشتري ملزماً إمّا بدفع الثمن الأقلّ نقداً أو دفع الزيادة في قبال الأجل ، وهذا هو حقيقة الربا ، فتشمله عمومات التحريم والبطلان أيضاً .

وإن شئت قلت : إنّ هذا من قبيل ما إذا باعه بالأقل مؤجّلاً مع حقّ الربا والزيادة بإزاء التأجيل ، وهذا بخلاف ما إذا باعه نسيئة فقط بزيادة .

وعلى كلّ حال ، ذيل الروايتين خير شاهد على أنّ النظر إلى محذور الربا وجريانه في المقام ، لا الجهالة والغرر أو عدم تعيّن الثمن أو عدم تنجيزيّة الإنشاء ونحو ذلك ممّا توهّمه البعض وعلى أساسه طرح الرواية المعتبرة بتوهّم مخالفتها للقواعد .

لا يقال : أي فرق بين أن ينشأ بيع واحد بثمن هو الجامع المذكور أو أن يساومه

أوّلاً ثمّ يبيعه نسيئة بالأكثر تعييناً ، الذي لا إشكال في صحّته على القاعدة ، وقد دلّت عليه ذيل موثّقة محمّد بن قيس المتقدّمة أيضاً ؟ !

فإنّه يقال : الفرق أنّه في الحالة الأُولى يكون قد ألزم المشتري بدفع الزيادة بإزاء التأجيل ؛ لأنّه رضي بالبيع بالأقلّ نقداً بل باعه بذلك فعلاً بنفس هذا الإنشاء ، فلا تكون الزيادة إلّا لتأجيل ما استحقّه عليه نقداً تماماً ، كما إذا أسلفه ذلك إلى ذلك الأجل بتلك الزيادة . بخلاف الثاني ، فإنّه نظير بيع شيء حالاً بأكثر من قيمته السوقية ، فتدبّر جيداً .

العنوانان الرابع والخامس :

وأمّا الفقرة الرابعة ـ وهي النهي عن بيع ما لم يقبض ـ ففيها احتمالان :

١ ـ بيع المبيع الكلّي ـ كما في السلف ـ أو الشخصي قبل أن يقبضه المشتري من البائع .

٢ ـ بيع كلّ شيء لم يقبضه البائع ، أي لا يكون تحت سلطانه وفي يده بالفعل ، فيكون خاصّاً بالمبيع الشخصي ، ولا يشمل المبيع الكلّي في الذمّة .

والمعنى الأوّل منافٍ مع ما دلّ من الروايات على صحّة بيع الكلّي بل الشخصي أيضاً قبل قبضه ، مضافاً إلى أنّه لم يفرض في هذه الفقرة النظر إلى خصوص بيع ما يشتريه الشخص من المبيع الكلّي أو الشخصي ، كما أنّ القبض أعمّ من ذلك ، فالاحتمال الثاني هو الأقرب ، فيكون مفاد هذه الفقرة مفاد الفقرة الخامسة ، وهي النهي عن بيع ما ليس عندك ، الذي ظاهره ذلك أيضاً ، وإن فسّر بما ليس تملك ، إلّا أنّه خلاف الظاهر وإلّا لقال لا تبع ما ليس لك أو ما لا تملكه .

وقد يشهد على وحدة الفقرتين ما نجده من خلوّ ما ورد فيه إحداهما عمّا ورد فيه الأُخرى من الروايات المتقدّمة التي نقلت مناهي النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم ، ففي روايتي سليمان وشعيب بن واقد وردت الفقرة الخامسة بدل الرابعة ـ وكذلك في نقل العامّة ـ بينما في رواية عمّار وردت الرابعة بدل الخامسة .

وعندئذٍ إمّا أن تحمل الفقرتان على النظر إلى شرطيّة إحراز القدرة على التسليم الذي هو شرط عقلائي أيضاً ، أو على اشتراط وجود المبيع تحت يد البائع زائداً على قدرته على التسليم تعبّداً ، فيقيّد بالشخصي لا محالة ؛ لما دلّ على جوازه في الكلّي ، ولعلّ الظاهر هو الأوّل ولو بمناسبة الارتكاز العقلائي .

العنوان السادس :

وأمّا الفقرة السادسة ـ وهي النهي عن ربح ما لم يضمن ـ : ففيها احتمالات :

١ ـ أن يراد النهي عن بيع ما لم يضمن وجوده ، فيكون نهياً عن بيع المجهول .

٢ ـ أن يراد النهي عن بيع ما لم يقبض بأن يكون الضمان كناية عن القبض ، حيث يكون من معاني الضمان الاشتمال والاحتواء على الشيء .

وهذان الاحتمالان خلاف الظاهر جدّاً ؛ إذ ـ مضافاً إلى لزوم التكرار مع فقرة النهي عن بيع ما لم يقبض أو النهي عن بيع ما ليس عندك الشامل لبيع المجهول أيضاً ـ أنّه لو كان النظر إلى هذا المعنى كان المناسب النهي عن بيع ما لم يضمن ، لا عن ربح ما لم يضمن ، إذ لا خصوصية للربح والبيع بأكثر في الحكم المذكور كما هو واضح ، وحمل النهي عن الربح على إرادة النهي عن مطلق البيع تأويل لا يساعد عليه العرف . نعم ، لو كان الوارد النهي عن بيع ما لم يضمن ، كما في الفقرة السابعة الواردة في نقل الصدوق ﵀ ، جاء فيه الاحتمال المذكور .

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الضمان في باب البيوع والمعاملات يراد به ضمان الثمن أو القيمة ، لا القبض أو الوجود ، فإنّها معان أُخرى للضمان لا تناسب باب المعاملات .

٣ ـ أن يراد النهي عن بيع الدلّال لمتاع الغير مرابحة ، وهذا هو ظاهر الشيخ الحرّ العاملي ﵀ في الوسائل ، حيث أورد الروايات الناهية عن ربح ما لم يضمن تحت هذا العنوان ، فتكون على وزان معتبرة أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله ﵇ : « أنّه

سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة ، ويقولون : بع فما ازددت فَلَك ، فقال : لا بأس بذلك ، ولكن لا يبيعهم مرابحة » [١] .

والمقصود من المرابحة : أن يبيع برأس ماله مع اشتراط ربح زائد عليه بنسبة كلّ عشرة دراهم مثلاً الدرهم أو الدرهمين ، فيقول أبيعك هذا المتاع برأس ماله ولي فيه بكل عشرة دراهم درهم أو درهمان ، فهذا نهي عنه ، وإنّما يصحّ مساومة ، وهو أن يبيعهم بمجموع ما يريد بلا إخبار برأس المال ولا البيع به مع نسبة من الربح . ولعلّ السرّ في ذلك لزوم الكذب في الإخبار أو التشابه بالربا أو غير ذلك ، ولهذا حمل المشهور بل الكلّ مثل هذه النواهي على الكراهة والتنزّه .

إلّا أنّ هذا الاحتمال أيضاً بعيد عن الفقرة المذكورة غاية البعد ، وكأنّه نشأ من مجيء عنوان الربح في الفقرة ، فتصوّر أنّ المراد به المرابحة الذي له معنى خاصّ ، وهو نسبة الربح إلى رأس المال ، مع وضوح أنّ الربح يشمل المساومة أيضاً ولا يختصّ بالمرابحة . هذا مضافاً إلى أنّ التعبير بما لم يضمن لا يكون له معنى مع هذا التفسير .

٤ ـ ما ذكرناه في الجهة الأُولى من أنّ المراد هو النهي عن الاسترباح بمال لا يكون ضمانه أي دركه ودفع ثمنه وبدله من كيس المستربح ، فما لم يكن المال مضموناً على الإنسان بحيث يكون ثمنه عليه لو تلف لا يستحقّ ربحه ، وهذه هي النكتة الموجودة في باب الربا ؛ لأنّ المقرض بالإقراض يضمن ماله على ذمّة المقترض ، ويصبح المال الخارجي ملكاً للمقترض ، فما يربح به في تجارة وغيرها يكون بدله على تقدير الخسران من كيسه ، لا من كيس المقرض ، فلا يستحقّ المقرض شيئاً من أرباحه .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٨٢ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح٣ .

وقد ورد عكس القاعدة أيضاً ، أعني مفهومها ـ وهو أنّ من ضمن المال كان له خراجه وربحه ـ في بعض الروايات عندنا وعند العامّة ، أي أنّ الربح بالضمان .

ففي رواياتنا ورد في معتبرة إبراهيم الكرخي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام إنّي كنت بعت رجلاً نخلاً كذا وكذا نخلة بكذا وكذا درهماً ، والنخل فيه ثمر ، فانطلق الذي اشتراه منّي فباعه من رجل آخر بربح ، ولم يكن نقدني ولا قبضت . قال : فقال : لا بأس بذلك ، أليس كان قد ضمن لك الثمن ؟ قلت : نعم ، قال : فالربح له »[1] .

فإنّ ظاهرها أنّ ثبوت الربح له متفرّع على أنّه قد ضمن ثمن النخل لمالكه بضمان المسمّى حيث قال : « قد ضمن لك الثمن » ، فجعل الضمان ملاكاً لاستحقاق الربح ، ولم يقل لأنّه مالك للنخل . وحمله على إرادة الملك خلاف الظاهر . نعم ، هناك روايتان اُخريان في نفس الباب قد يكون ظاهرهما ذلك ، فراجع[2] .

وعند العامّة ورد الخراج بالضمان في مورد من ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثمّ وجد به عيباً فخاصمه إلى النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم فردّه عليه ، فقال الرجل : « يا رسول الله قد استغلّ غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الخراج بالضمان »[3] ومورده أيضاً ضمان المسمّى وإن عمّمه أبو حنيفة لضمان الغرامة أيضاً .

وهذا المعنى لا إشكال في أنّه هو ظاهر اللفظ في قبال المعاني السابقة ، إلّا أنّ هناك إيرادات عليه لا بدّ من الإجابة عليها وحلّها لتتّضح حدوده وأبعاده ، وهذا ما نتحدّث عنه في الجهة القادمة .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٨٧ ، ب ١٥ من أحكام العقود ، ح١ .

(٢) المصدر السابق ١٣ ، ١٣ ، ب ٧ من بيع الثمار ، ح٢ ، ٣ .

(٣) جامع الأُصول ٢ : ٢٨ ، ب٩ من كتاب البيع ، ح٤٤٠ .

الجهة الثالثة ـ في الاعتراضات الواردة على هذا المعنى. وهي مجموعة نقوض فقهية لا يمكن أن يلتزم ببطلان الاسترباح فيها ما لم يرد بالضمان في هذه الفقرة معنىً ونوعاً خاصّاً من الضمان:

١ ـ **النقض** بموارد ضمان اليد، كما إذا غصب غاصب مال شخص فإنّه سوف يكون ضامناً لتلفه فضلاً عن إتلافه، فيلزم أن لا تكون نماءاته وأرباحه له، وهذا مقطوع البطلان، كيف! وهو الذي ذهب إليه بعض العامّة كأبي حنيفة في قاعدة الخراج بالضمان، ودلّت صحيحة أبي ولّاد [(١)] على بطلانه، وأنّه من الفتاوى التي يمنع قطر السماء عن أهل الأرض.

ويكفي في الجواب على هذا النقض: أنّ المراد من الربح بقرينة السياق في الفقرات المذكورة بل وفي نفسه إرادة الربح التجاري أي الحاصل بالمعاملة، فلا يشمل النهي المذكور النماءات المتولّدة من نفس المال أو المنافع، فإنّها تابعة في الملكية لملكية أصل المال، فمن يملك الأصل يكون مالكاً لها، ولا ربط ولا نظر لهذا النهي إليها، ويكون الغاصب ضامناً لها؛ لأنّ غصبه للأصل غصب لها، كما هو واضح.

٢ ـ **النقض** بما إذا بيع مال المالك بأكثر ـ أي بما فيه ربح ـ فضولة من قبل الغاصب ثمّ أذن المالك، فإنّه يربح ربحاً تجارياً من دون أن يكون ضامناً لرأس المال لو كان يتلف.

وقد يجاب: بأنّ النظر إذا كان إلى الربح التجاري فيكون المراد بالضمان أيضاً الضمان العقدي لا ضمان اليد، والضمان على الغاصب باليد لا بالعقد. إلّا أنّ هنا جواباً آخر أعمق سوف يأتي في دفع النقض القادم.

٣ ـ **النقض** بموارد الضمان العقدي أو الضمان بالشرط مع ثبوت الربح فيها

(١) الوسائل ١٧: ٣١٣، ب٧ من أبواب الغصب، ح١.

للمالك ، كما إذا ضمّن المالك على رأس ماله بعقد التأمين أو عقد الضمان بـمعنى ضمان العهدة ، أو كان عارية بيد الغير بنحو العارية المضمونة وكان مجازاً أو أجاز الاتجار به فحصل فيه ربح ، فإنّه لا إشكال في أنّه يكون لمالكه .

والجواب : أنّ المراد بالضمان في هذه القاعدة طرداً وعكساً منطوقاً ومفهوماً هو ضمان ثمن المسمّى لا ضمان الغرامة ، بمعنى أنّ المقصود هو النهي عن الاسترباح التجاري بأموال الآخرين بأن يدخل ربح مال الغير في كيس الإنسان بلا أن يكون قد ضمن عوضه وثمنه ، وفي مورد النقضين المذكورين يكون المال المشترى برأس مال المالك قد ضمنه المالك بحيث لو تلف كانت ذمّة المالك مشغولة بثمنه لا محالة ، غاية الأمر المؤمّن أو المستعير أيضاً تشتغل ذمّته للمالك بأداء ما سيخسره للبائع بمقتضى عقد آخر هو عقد التأمين أو غيره أو شرط الضمان في عقد العارية معه ، فهذا ضمان آخر لا ربط له بضمان المسمّى الثابت على المشتري المستربح في مقابل البائع لما حصل فيه الربح ، وهذه هي الفذلكة الأساسية لهذه القاعدة .

والوجه في هذا الاستظهار ـ مع أنّه قد يقال بإطلاق الضمان لضمان الغرامة ، بل يدّعى ظهور ضمان المال في أنّ خسارته عليه بمعنى ذهاب نفسه من كيسه لا ذهاب ثمنه المسمّى من كيسه ـ هو أنّه :

أوّلاً ـ أنّ الضمان بمعنى اشتغال الذمة أو العهدة بالبدل ، ولا معنى لأن يراد من ما لم يضمنه المستربح ضمان الغرامة ؛ إذ المالك لا يقال له إنّه ضامن لمال نفسه بضمان الغرامة ، وإنّما يعقل ذلك في حق غير المالك للمالك ، فلو كان التعبير النهي عن ربح ما ضمنه الغير أمكن إرادة هذا الضمان ، إلّا أنّ التعبير النهي عمّا لم يضمن من قبل المستربح وأنّه لا بدّ من استحقاقه للربح أن يكون ضامناً له ، وهذا لا يصدق إلّا على ضمان المسمّى ، أي اشتغال العهدة أو الذمة بدفع الثمن لما يتّجر ويؤخذ من الغير بالبيع والتجارة .

وثانياً : ظهور كلمة الربح وسياق الفقرات المذكورة في النظر إلى باب

الاسترباح بالتجارة ونحوه ، والذي يكون ضمان المسترِبح والتاجر له ضمان المسمّى .

وثالثاً : ما ورد في رواية الكرخي [(١)] ، فإنّها صريحة في إناطة الربح بضمان الثمن .

٤ ـ **النقض** ببيع المبيع الشخصي بأكثر قبل قبضه ؛ فإنّ ضمان تلفه وخسارته من كيس البائع ؛ لقاعدة «أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه» فلا يكون المشتري المسترِبح ضامناً للمسمّى فيه ، مع أنّه يجوز ذلك ، ولا يظنّ ببطلانه بل يقطع بالصحّة فيه فقهياً ، وقد صرّحت روايات عديدة معتبرة بذلك ، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثمّ يبيعها قبل أن يأخذها ، قال : لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع » [(٢)] .

وهي إن لم تكن منصرفة إلى الثمرة المشخّصة المعيّنة في الخارج فلا أقلّ من إطلاقها ، بل من يراجع روايات المسألة يظهر له أنّ البيع كان جائزاً من هذه الناحية ، وإنّما الإشكال والنهي قد ورد في بيع الطعام بربح قبل قبضه ، والذي ذهب إلى التحريم فيه بعضهم ، إلّا أنّ بعض الروايات دلّت على الجواز فيه أيضاً ، بل الروايات الناهية والمجوّزة كلّها واضحة الظهور في أنّ المحذور من ناحية الكيل ، لا من ناحية عدم القبض وعدم ضمان المسمّى [(٣)] ، والروايات إن لم تكن منصرفة إلى المبيع الشخصي فبإطلاقها تشمله .

والجواب : **أوّلاً** : يمكن أن يقال إنّ نفس بيع المبيع قبل قبضه يخرجه عن ضمان البائع ؛ لأنّه نحو تصرّف فيه كالقبض ، فلو تلف بعد البيع كان من كيس

---

(١) الوسائل ١٣ : ١٣ ، ب٧ من بيع الثمار ، ح١ .

(٢) المصدر السابق ١٢ : ٣٨٨ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح٤ .

(٣) انظر المصدر السابق : ب١٦ .

المشتري الأوّل لا البائع الأوّل ، والرواية الدالّة على هذا الحكم ـ أي كون التلف قبل القبض من مال البائع ـ لو تمّت سنداً ودلالة فلا إطلاق فيها لصورة تصرّف المشتري فيه ولو كان تصرّفاً معاملياً كالبيع والإيجار ؛ لأنّها محمولة على القاعدة العقلائية ، وهي لا تقتضي أكثر من ذلك .

وثانياً : لو سلّمنا إطلاق الرواية مع ذلك قلنا بأنّ الضمان في المقام يعقل أن يكون على المشتري الأوّل ؛ وذلك فيما إذا جاء البائع وأعطى المبيع له ولم يرض بإعطائه للغير ـ فإنّه لا يجب عليه ذلك جزماً ـ فيكون التلف عندئذٍ من كيس المشتري الأوّل قبل إقباضه من المشتري الثاني ، وهذا يعني أنّ عدم ضمان المشتري الأوّل منشأه عدم تحقّق الإقباض له من قِبل البائع لا نفس المعاملة .

فالحاصل : مورد النهي في القاعدة المذكورة ما إذا لم يكن يتحقّق الضمان على المستربح بنفس المعاملة ، لا ما إذا لم يكن ضمان عليه باعتبار خصوصية خارجية غير ملازمة مع طبيعة المعاملة ، وهي عدم الإقباض ، فتدبّر جيّداً .

وهكذا يتّضح مفاد هذه القاعدة النبويّة المباركة ، وهي أنّ الإنسان لا يصحّ منه الاسترباح بأموال الآخرين بأن يكون المال الذي فيه الربح له من دون أن يضمن ثمنه وقيمته على تقدير تلفه ، إمّا بأن لا يدخل في ملكه أصلاً كما في ربح رأس المال المدفوع قرضاً ، أو يدخل في كيسه ولكنّه بنحو لا يتحمّل ضمان ثمنه أصلاً ، وهذا له مصاديق كثيرة منها ما سيأتي من بيع ما لا يملكه بأكثر قبل أن يشتريه بنحو يقع بالشراء لمن أراده بأكثر نسيئة لا محالة ، فإنّه هنا لا يكون المستربح ضامناً لثمن مثل هذا المتاع لا قبل الشراء ولا بعده كما هو واضح ، وسوف تأتي تطبيقات عديدة لهذه القاعدة في الروايات في الجهة القادمة .

هل إنّ القاعدة تقتضي بطلان المعاملة ؟

ثمّ إنّ النهي عن ربح ما لم يضمن لا يقتضي أكثر من عدم استحقاق الربح ، وأمّا بطلان المعاملة والبيع الحاصل أو بطلان الضمان فلا يقتضيه النهي المذكور .

نعم ، لو كانت العبارة النهي عن بيع ما لم يضمن أي بيع مبيع لم يضمنه بائعه بثمنه دلّ ذلك على بطلان البيع بالزيادة ، إلّا أنّ هذه العبارة لم تثبت بسند معتبر كما تقدّم ، وعندئذٍ لو دلّ دليل على صحّة المعاملة بلا زيادة ـ كما سيأتي في بعض التطبيقات في الروايات من الجهة الرابعة ـ فلا إشكال ، وإلّا فهل يمكن تصحيحه على مقتضى القاعدة أم لا ؟ سنبحثه عند التعرّض للتطبيقات من الجهة الرابعة .

الجهة الرابعة ـ في تطبيقات وردت في موارد ضمن الروايات يمكن اعتبارها من مصاديق قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن بحيث لو تمّ استظهار ذلك منها أصبحت دليلاً أيضاً على صحّة هذه القاعدة .

التطبيق الأوّل : ما ورد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام من المنع عن الاسترباح من خلال شراء شيء لشخص آخر نقداً على أن يزيده نظرة . وقد ورد ذلك ضمن موثّقتي محمّد بن قيس ، أولاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليبتاع لهم بعيراً بنقد ويزيدونه فوق ذلك نظرة ، فابتاع لهم بعيراً ومعه بعضهم ، فمنعه أن يأخذ فوق ورقه نظرة » [١] .

والأُخرى عن أبي جعفر عليه السلام قال : « منع أمير المؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم واحدة ، يقول أحدهم لصاحبه : اشتر هذا من صاحبه وأنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة ، قال : فلا يعطيه إلّا مثل ورقه الذي نقد نظرة ، قال : ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبع بعد ما شاء » [٢] .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب٣ من أحكام العقود ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ح٢ .

ما قيل في تفسير الرواية :

وقد فسّرت الرواية في كلمات بعض الفقهاء كالمجلسيّين [١] بإرادة صورة توكيله أن يشتري لهم من السوق ويدفع عنهم الثمن من ماله ثمّ يأخذ عنهم أزيد منه في قبال ما اشتغلت ذمّتهم له ، فيكون رباً محرّماً على القاعدة .

مناقشة :

وفيه : أوّلاً : مخالفة ذلك لظاهر الروايتين ، بل صريح الثانية منهما ؛ لأنّها صرّحت بجعل الصفقتين أي البيعين صفقة واحدة ، ممّا يدلّ على أنّ النظر إلى تحقّق بيعين أحدهما بنسيئة ونظرة بأكثر والآخر نقداً بأقلّ ، غاية الأمر تارة يشتري صاحب النقد ويوجب البيع لنفسه نقداً أوّلاً ثمّ يبيعه نظرة بأكثر فهذا جائز ، وأُخرى يتّفق على النسيئة بأكثر أوّلاً ثمّ يشتري بأقل نقداً بنحوٍ يقع للمشتري بالأكثر نسيئةً بنفس الشراء من السوق بصفقة واحدة ، فالأوّل جائز بصريح ذيل الرواية الثانية ، والثاني غير جائز بصدر الروايتين ، وهذا لا يناسب مع فرض التوكيل في الشراء ؛ لأنّ البيع والصفقة واحدة ، كما لا يخفى .

هذا ، مضافاً إلى أنّ التوكيل إن كان في الشراء لهم بالذمّة فهذا خلاف ظاهر الروايتين من أنّ الشراء من السوق كان بالنقد وكون صاحب النقد هو طرفه وصاحب النسيئة يشتريه منه ، وإن كان التوكيل في الشراء لهم بالنقد بعد الاستقراض منه فهذا أبعد وأكثر مخالفة للظاهر .

وثانياً : أنّ النظر لو كان إلى التوكيل في الشراء لهم بالذمّة ثمّ الوفاء عنهم أو إقراضهم النقد ثمّ الشراء لهم بنقدهم أمكن له أن يأخذ الزيادة في قبال وكالته كأُجرة أو كجعالة بل وفي قبال الوفاء عنهم بناءً على صحّة أخذ الجعالة على ذلك ، فلا وجه للبطلان على القاعدة كما رامه المجلسيان .

---

(١) ملاذ الأخيار ١٠ : ٥٨٨ . روضة المتّقين ٧ : ٢٩٥ .

فالصحيح : أنّ الروايتين ناظرتان إلى قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن ؛ لأنّ الصفقتين لو جعلتا صفقة واحدة بأن يقع المتاع بنفس شرائه بالنقد لصاحب النسيئة بأكثر نظرة لزم أن يربح صاحب النقد الزيادة بلا أن يكون ضامناً لثمن المتاع ، لأنّه قد ضمّنه في ذمّة صاحب النسيئة ، فهو من الاسترباح بمال الآخرين ومن ربح ما لا يضمن ؛ لأنّ المتاع المذكور لو تلف قبل الشراء كان من مال بائعه ولو تلف أو وضع بعده كان بدله وثمنه من كيس المشتري بالنسيئة بحسب فرض وحدة الصفقة ، ولا يفرّق في ذلك بين أن يفترض دخول المبيع آناً ما في ملك الواسطة ثمّ انتقاله إلى المشتري بالنسيئة أو يفترض انتقاله ابتداءً إلى ملك صاحب النسيئة بثمن صاحب النقد ؛ بناءً على عدم منافاته مع حقيقة البيع واشتغال ذمّة صاحب النسيئة بالثمن الأكثر الذي اتّفقا عليه ، فإنّ كليهما من ربح ما لا يضمن بالمعنى المتقدّم .

ثمّ إنّ الروايتين صريحتان في صحّة المعاملة المذكورة ، وإنّما لا يستحق صاحب النقد ـ وهو الواسطة في الشراء بنقده ـ الزيادة مع وقوع المبيع لصاحب النسيئة ، وهذا دليل على صحّة بيع شيء قبل أن يملكه ويشتريه من السوق إذا لم يكن بأكثر ممّا يشتريه بجعل الصفقتين صفقة واحدة ، وهذا يؤكّد أنّ المنظور فيهما عدم استحقاق الربح وأنّه كالربح الربوي الذي لا يستحقّه المقرض مع وقوع القرض ، فليس الإشكال في صحّة البيع للغير بمال نفسه ، بل ولا في بيع ما لم يملكه بعد بجعل الصفقتين صفقة واحدة لولا حيثيّة الربح والزيادة الحاصلة من بيع ما لم يضمن ثمنه ، فالروايتان في الوقت الذي تدلّان على المنع عن ربح ما لم يضمن تفسِّران ذلك بعدم استحقاق الربح مع إمكان بقاء المعاملة صحيحة ولو من جهة أنّه جدّاً ولبّاً إنّما يقصد الشراء لهم بماله ، فيقع لهم صحيحاً ، غاية الأمر لا يستحقّ الزيادة التي هي رباً روحاً وإن لم يكن قرضاً ربوياً شكلاً .

وهذا ما يمكن أن يفسّر لنا المراد من روايات العينة التي حمل بعضها المشهور على إرادة النهي عن بيع ما لم يملكه بعد ، وسيأتي تفصيله .

التطبيق الثاني : ما ورد في اشتراط ضمان البائع لوضيعة المال المشترى منه . وقد ورد المنع عنه في رواية عبدالملك بن عتبة قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس عليَّ منه وضيعة ، هل يستقيم هذا ؟ وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال عليه السلام : لا ينبغي »[١] .

والبحث تارة في سندها ، وأُخرى في دلالتها :

أمّا السند ، فالرواية صحيحة سنداً .

وأمّا الدلالة ، فقد يقال : بأنّ التعبير الوارد في كلام الإمام عليه السلام بقوله : « لا ينبغي » ليس ظاهراً في أكثر من الحزازة والكراهة لا الحرمة .

إلّا أنّ الإنصاف : أنّ هذا التعبير لو فرض فيه ذلك في باب التكاليف إلّا أنّه ظاهر في الإرشاد وإلى البطلان في باب الوضع والمعاملات ، خصوصاً مع صراحة السؤال في طلب وجه للصحّة ؛ لأن يستقيم للسائل ما يريده ، فيكون ظاهره ـ والله العالم بحقائق الأُمور ـ أنّ ما افترضه السائل من أن يكون ضمان الوضيعة على البائع الذي يشتري منه المتاع أو الطعام إذا باعه بأقلّ من كون الربح له إذا باعه بأكثر لا يصحّ ولا يجوز ؛ لأنّه من ربح ما لم يضمن .

تفسير آخر :

وقد يقال : بأنَّ الرواية لعلّها ناظرة إلى عدم الصحّة للشرط المذكور ؛ لكونه على خلاف الشرع ، إذ كما يكون النماء والربح للمالك تكون الوضيعة أيضاً عليه ، فاشتراط الخلاف في أي منهما شرط مخالف للشرع ، نظير ما يقال من أنّ عقد المضاربة على خلاف الأصل ؛ لأنّه يشترط فيه أن يكون مقدار من الربح لغير المالك ، فالرواية أجنبية عن مسألة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٤٠٩ ، ب٣٥ من أحكام العقود ، ح١ .

والجواب :

أوّلاً : إنّ ضمان الوضيعة ـ كضمان التلف ، بل هو ضمان تلف المالية ، ولا فرق بينه وبين ضمان تلف المال ـ شرط سائغ شرعاً ؛ لما ثبت من صحّة ذلك في باب عقد الضمان ، بمعنى العهدة بضمان غرامته وقيمته لو تلف ، وما ثبت من صحّة شرط الضمان في العارية المضمونة . بل ذكرنا في المضاربة أنّ اشتراط كون الربح والنماء لغير المالك أيضاً ليس خلاف الشرع ، فضلاً عن شرط ضمان الوضيعة .

وثانياً : ظاهر التعبير بالوضيعة أنّ نظر السائل إلى ما يشتريه للتجارة والاسترباح ببيعه بأكثر ؛ لأنّ الوضيعة تكون بذلك ، أي ببيع ما اشتراه بأقلّ من رأس ماله الذي اشتراه به ، فلو كان نظر السائل إلى اشتراط شرط مخالف لقانون التبعيّة في النماء ربحاً وخسارة لم يكن وجه لافتراض ذلك على من يشتري منه المتاع بالخصوص ، ولا لخصوص ضمان الوضيعة .

فالظاهر أنّ المحذور الذي كان يتصوّره السائل ومن ناحيته يحتمل عدم استقامة عمله إنّما هو الاسترباح بما ضمّنه على البائع الذي يشتري منه ، والذي ينبغي أنّه لا يضمن ثمنه بمقدار الوضيعة والتلف للبائع ، ولهذا لو كان الضامن شخصاً آخر غير البائع وكان ضمانه ضمان الغرامة لما يخسره المشتري بالوضيعة لم يكن به بأس ، وهذا هو ربح ما لم يضمنه بالمعنى المتقدّم ، فتدلّ الرواية على أنّه لا ينبغي للمشتري أن يفعل ذلك ، أي أن يضمن رأس ماله على البائع من ناحية الوضيعة مع كون الربح له لو كان ؛ لأنّه في قوّة عدم ضمان ثمنه له . وهذا لا يدلّ على أنّه لو فعل ذلك فهل يصحّ الضمان ويكون الربح للبائع أو يبطل الضمان ويكون الربح للمشتري ؛ فإنّ الرواية من هذه الناحية ساكتة ، فيكون تطبيقاً آخر من تطبيقات قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن .

لا يقال : ظاهر النهي عن ربح ما لم يضمن أن لا يكون على المسترباح ضمان أصلاً لا ضمان الوضيعة ولا ضمان التلف ، فلو كان عليه أحدهما كفى في أنّه ربح ما

يضمن ، وفي مورد الرواية ضمان التلف على المشتري ، فيكون من حقّه الربح .

فإنّه يقال : تقدّم أنّ المراد من الضمان ضمان ثمن المسمّى للمال المستربح فيه ، وهذا لا يكون إلّا بأن يجب عليه دفع ثمن المسمّى على كلّ حال إلى من أخذ منه ذلك المال ، ومع كون الوضيعة عليه لا يكون الثمن مضموناً على المشتري ، كما أنّ معتبرة الكرخي أيضاً كان ظاهرها ذلك ، فراجع وتأمّل .

وقد يقال : بمعارضة هذه الرواية مع معتبرة رفاعة أنّه قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال : إن ربحنا فيها فلك نصف الربح ، وإن كان وضيعة فليس عليك شيء ، فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية »(١) .

وهي وإن كانت واردة في اشتراط أحد الشريكين ضمان حصّته على الشريك الآخر مع كون الربح بينهما إلّا أنّه يستفاد منها ضمناً صحّة ذلك وعدم قدحه في استحقاق الربح لو كان ، فتعارض الرواية السابقة .

ويلاحظ عليه :

أوّلاً : أنّ هذه المعارضة فرع أن يستفاد من جواب الإمام فيها جواز ذلك ، مع أنّه إمّا ظاهر في عدم الجواز أو مجمل على أقلّ تقدير ؛ لأنّه قد ورد فيه التقييد بقوله عليه السلام : « إذا طابت نفس صاحب الجارية » وهذا ظاهره الشرطية ، وأنّه لو لم تطب نفسه فيه بأس ، وظاهره شرطية طيب النفس بقاءً لا حدوثاً وعند البيع بشرط الضمان ؛ لأنّ ذلك يلزم منه التكرار المستهجن ، إذ فرض في مورد السؤال أنّ صاحب الجارية هو المقدّم والمقترح للشرط المذكور على نفسه ، فلا معنى لإناطة الجواب بفرض طيب نفسه ورضاه بذلك ، فإنّه تحصيل حاصل ، وهذا بخلاف ما إذا أُريد طيب نفسه بعد الربح أو الخسران ، فتكون الرواية دليلاً على عدم صحّة

---

(١) الوسائل ١٣ : ١٧٥ ، ب١ من أحكام الشركة ، ح٨ .

الشرط المذكور ، فإمّا لا يستحقّ الربح إلّا بطيب نفس صاحب الجارية ، لأنّ الثمن للنصف قد ضمنه له ، أو لا يصح شرط الضمان فلا يستحقّ الوضيعة على صاحب الجارية إلّا بطيب نفسه ، ولا أقلّ من إجمال الرواية من هذه الناحية .

وثانياً : لو سلّمنا ظهورها في إرادة طيب النفس حدوثاً وعند الشرط مع ذلك قلنا إنّ مفادها ليس ظاهراً في أكثر من اشتراط ضمان الغرامة للوضيعة على الشريك لا ضمان المسمّى ، أي يكون البيع للجارية من قبلهما ، فكلاهما ضامنان للمبيع في مقابل الثمن للمشتري ، غاية الأمر يكون أحد الشريكين على تقدير الوضيعة ضامناً للشريك الآخر ما خسره بضمان الغرامة كما في عقد التأمين ، فتدبّر جيّداً ، وهذا أجنبيّ عن القاعدة .

التطبيق الثالث : ما ورد في المضاربة من أنّ من ضمّن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء ، وهي معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ـ وقد نقلها الكليني والصدوق قدس سرهما بصيغة ـ : « أنّ أمير المؤمنين صلوات الله عليه قال : من اتّجر مالاً واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان ، وقال : من ضمن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء » (١) .

ونقلها الشيخ بصيغة « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في تاجر اتّجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان ، وقال أيضاً : من ضمن مضاربه فليس له إلّا رأس المال وليس له من الربح شيء » (٢) .

وسند الكليني والصدوق ، وكذلك سند الشيخ كلاهما صحيح .

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٤٤ ، ب المضاربة ، ح٢ . وانظر الكافي ٥ : ٢٤٠ ، كتاب المعيشة ، باب ضمان المضاربة ، ح٣ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : باب الشركة والمضاربة ، ح١٦ .

إشكـــالان :

وقد نوقش في الاستدلال بها ـ على ما هو ظاهرها من صحّة شرط الضــمان وانقلاب المضاربة كالقرض من حيث أنّ تمام الربح يكون للمالك ـ بإشكالين :

أحدهمـا : ما عن المستمسك [١] بأنّ مفادها مشابه لما عن بعض العامّة من أنّ الخراج بالضمان ، وهذا مقطوع البطلان في فقهنا .

وفيـه : أنّ ما هو مقطوع البطلان ما ذهب إليه أبو حـنيفة مـن أنّ الغـاصب لا يضمن منافع العين المغصوبة ؛ لأنّه ضامن لرقبتها ، وقد ورد عندهم عن النبيّ ﷺ أنّ الخراج بالضمان [٢] . وهذا المطلب باطل حتى بناءً على صدور تلك القاعدة ؛ لأنّ المراد منها كما تقدّم الضمان العقدي ، أي ضمان الثمن في مقابل ربح المـبيع ومنفعته كما هو مورده ، فالتعدّي منه إلى ضمان اليد أجنبي عن مفاده ، كما أنّ المقام ليس الضمان فيه مربوطاً باليد ، بل هو من الضمان العقدي .

فلا ربط لمفاد هذه الرواية بفتوى أبي حنيفة في عدم ضمان الغاصب للـمنافع أصلاً ، على أنّه لو فرض ورود دليل معتبر على حكم خلاف القـاعدة فـي مـورد لا يمكن طرحه لمجرّد كونه على خلاف القاعدة ، وهذا واضح ، وسيظهر أنّ مفاد هـذه المعتبرة طبق القاعدة التي استفدناها من مناهي النبيّ ﷺ ومـن الروايـات الأُخرى .

الثاني : ما ذكره في مستند العروة [٣] من أنّ الرواية أجنبية عن باب المضاربة ؛ إذ المراد بالتضمين فيه الضمان من أوّل الأمر والذي هو الإقراض ، فيكون النظر فيها إلى من يقرض تاجراً ويريد منه الربح على قرضه ، وهو ربا محرّم . وقد استغرب

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ٢٧٧ .

(٢) جامع الأُصول ٢ : ٢٨ . كتاب البيع ، ب٩ ، ح٤٤٠ .

(٣) كتاب المضاربة : ٥١ .

من افتاء بعض المتأخّرين بأنّ شرط الضمان في المضاربة يكون صحيحاً والمضاربة لا تكون صحيحة من أجل النصّ المعمول به عند الأصحاب ، خلافاً للقاعدة التي تقتضي صحّة العقد وفساد الشرط ؛ بناءً على أنّه مخالف لحكم الشارع بأنّ يد المضارب يد أمينة ولا ضمان عليه .

وقد ذكرنا في أبحاث المضاربة أنّ الشرط المذكور ليس على خلاف الشرع ؛ لأنّ أدلّة نفي الضمان عن الأمين أو المضارب ناظرة إلى ضمان اليد لا الضمان بالعقد . كما ذكرنا أنّ الشيخ في النهاية [١] وابن إدريس في السرائر [٢] قد أفتوا بنفس النتيجة المستفادة من الرواية ، والظاهر أنّه من جهة الاستناد إليها .

وأمّا ما ذكره في تفسير الرواية فهو ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ؛ وذلك :

أوّلاً : لأنّه لو سلم إمكانه في الرواية بنقل الكليني والصدوق فهو غير ممكن في نقل الشيخ ؛ لما ورد فيها من التصريح بعنوان المضارب ، وحيث إنّه منقول بسند آخر عن محمّد بن قيس ولم ينقله الشيخ عن الكافي ، فلا يقع تهافت في النقل .

وثانياً : أنّ الرواية بنقل الكليني والصدوق أيضاً ظاهرة في نفس المفاد والمعنى ، أي يكون النظر فيها إلى اشتراط الضمان على التاجر المضارب أو شامل له بإطلاقه ؛ لأنّ عنوان التضمين غير الإقراض ، ومجرّد كون القرض فيه تضمين للمال على المقترض لا يؤدّي إلى أن يصحّ أن يراد بالتضمين عقد القرض بالخصوص ، من قبيل أن يقال : من ملك مالاً لفلان ، ويراد به البيع بالخصوص ، بل يمكن أن يقال إنّ التعبير بقوله : « ليس له إلّا رأس ماله » أو « ليس له من الربح شيء » بل سبق الجملة الأُولى الصريحة في التاجر المضارب قرينة على أنّ النظر إلى المضاربة بشرط الضمان أو شامل لها على الأقلّ .

---

(١) النهاية : ٤٣٠ .

(٢) السرائر ٢ : ٤٠٩ .

فالصحيح : أنّ الرواية واضحة الدلالة في النظر إلى تضمين التاجر بمال الغير ، وأنّه لا يجتمع مع أن يكون له الربح ، فأمّا الربح ويكون الضمان على المالك ، وأمّا الضمان فلا حقَّ للمالك في الربح .

مناقشات أُخرى :

ثمّ إنّه يمكن أن يستشكل على الاستشهاد بهذه الرواية على القاعدة التي ذكرناها ببعض المناقشات : ـ

منها ـ ورودها في شرط المالك ضمان رأس ماله على العامل المضارب ، فلعلّه حكم تعبّدي خاصّ بذلك على خلاف القاعدة .

والجواب : أنّ ظاهر الرواية ـ بقرينة المقابلة بين صدرها وذيلها ـ التقابل بين تضمين رأس المال وبين استحقاق ربحه ، حيث وردت هذه المقابلة في كلام الإمام ﷺ ابتداءً وبنحو الضابطة الكلّية بحيث يكون المتفاهم منها عرفاً أنّهما لا يجتمعان ، وأنّ المالك إذا أراد الاسترباح برأس ماله فليس له أن يضمّنه على التاجر ، فتكون المضاربة تطبيقاً من تطبيقات هذه الكبرى .

هذا ، مضافاً إلى أنّ الرواية بنقل الكليني والصدوق فيها إطلاق شامل لغير المضاربة أيضاً ، حيث دلّت على أنّ كلّ مَن ضمّن تاجراً رأس ماله فليس له من ربحه شيء وليس له إلّا رأس ماله ، وهذا يشمل التاجر المضارب والوكيل والمتبرّع بالاتّجار للغير المعبّر عنه بالبضاعة والأجير ؛ فإنّه في جميع موارد الاتّجار بمال الغير لو ضمن رأس ماله على التاجر لم يجز له أن يأخذ شيئاً من الربح ، وهذا هو نفس المضمون والكبرى الكلّية التي استفدناها من نهي النبيّ ﷺ ومن الروايات الأُخرى السابقة .

ومنها ـ أنّ الأخذ بإطلاق هذه الرواية يستلزم منه عدم استحقاق الربح لمن ضمّن رأس ماله مطلقاً ولو بعقد التأمين لغير من يشتري منه المتاع المربح ، بل مورده تضمين المضارب وهو غير البائع للمتاع الذي يستربح به ، فتكون الرواية

أجنبية عن قاعدة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن ؛ إذ المراد بعدم الضمان فيه عدم ضمان الثمن المسمّى لصاحب المتاع الذي فيه الربح .

والجـواب : أنّ الرواية واردة بعنوان من ضمّن التاجر ـ سواء المضارب أو غيره كالأجير والوكيل ونحوه ـ رأس ماله والذي لا بدّ وأن يقع ثمناً لما يشترى من أجل الاتّجار والاسترباح ، وهذا معناه أنّ المالك لرأس المال لا يتعهّد بالثمن لما يشتريه التاجر من السلع والأمتعة للاتّجار ، وهذا هو معنى عدم ضمان المالك لثمن المسمّى لما يشتريه التاجر للاسترباح بحيث لو تلفت أو وضعت كان التاجر هـو الضـامن والمتعهّد بدفع ثمنها لمن اشتريت منه ، لا المالك لرأس المال ، ولا يكون المـالك طرفاً للتعهّد وضمان الثمن على تقدير الخسارة ، وهـذا هـو ربـح مـا لم يـضمن ثمنه المستربح ، وهو الاسترباح بـأموال الآخـرين . وهـذا بـخلاف مـورد عـقد التأمين على مال ولو كان مشترىً من الغير ؛ فإنّ الضـامن يـضمن خسـارة تـلفه للمالك وهو المشتري ، ولا يكون متعهّداً إلّا في قباله ، لا فـي قـبال البـائع لذلك المـال .

فالحـاصل : ظاهر تضمين رأس المال على التاجر أنّ المالك ليس مسؤولاً ولا ضامناً أمام من يشتري منه التـاجر المـتاع التـجاري للاسـترباح وأنّ ذلك بـعهدة التاجر ، وهذا يساوق عدم ضمان المشتري بضمان المسمّى ، بخلاف مـا إذا كـان ضامناً للبدل من رأس ماله فكان هو التاجر والمشتري والبائع ، غاية الأمر عـلى تقدير الخسارة يتدارك ويجبر ذلك بضمان المضارب أو الأجير ؛ فإنّ هذا لا يناسب التعبير بـ « مَن ضمّن تاجراً » الظاهر في عدم الضمان عليه أصلاً ، لا عدم استقراره عليه ، خصوصاً مع التعبير بأنّ الآخر هو التاجر ، فهذا يختلف عمّا إذا كان المالك هو الضامن والمتعهّد في قبال البائع غاية الأمر قد أمّن على أمواله عنه شخص آخر ، فلا إطلاق في هذه الرواية لغير مورد ربح ما لم يضمن ثمنه لبائعه .

ومنها ـ دعوى عدم الفرق عرفاً بين المطلبين المذكورين ، بل ولا بين اشتراط

الضمان بنحو شرط النتيجة واشتراطه بنحو شرط الفعل أي اشتراط التدارك والجبران ؛ لأنّ النتيجة العرفية في الموردين واحدة خارجاً ، وليس الفرق بينهما إلّا دقّياً لا عرفياً .

والجواب : منع ذلك ؛ فإنّ الفرق بين شرط الضمان وشرط التدارك مفهوم عرفاً في باب المعاملات التي هي أُمور إنشائية متأثّرة بالصياغات الاعتبارية حتى عند العرف ، ومن هنا لا يكون الصلح بيعاً حتى إذا كانت نتيجتهما واحدة .

هذا مضافاً إلى أنّ الآثار والنتائج مختلفة في المقام بين شرط الضمان وشرط التدارك ، حيث يكون الأوّل حقّاً عينيّاً بينما الثاني مجرّد حقّ شخصي ووجوب تكليفي ، وكذلك بين ضمان الثمن للبائع وضمان شخص ثالث لما يخسره وبين عدم الضمان للبائع أصلاً ، بل الفرق هنا أوضح ، كما يظهر بالتأمّل .

ثمّ إنّه بناءً على تفسير « ربح ما لم يضمن » وكذلك « من ضمّن تاجراً » بما ذكرناه ـ من أنّ الاسترباح التجاري بمال فرع أن يكون ضمانه أي بدله وثمنه على المستربح ومن كيسه ، وعدم شموله لضمان الغرامة حيث لا يصحّ أن يقال إنّ ضمان المال على مالكه بمعنى أنّ بدل غرامته عليه ـ فسوف يختصّ المنع في باب المضاربة بما إذا كان ضمان العامل المضارب لرأس المال ضمان الثمن لمن يشترى منه المال التجاري أو يباع له ، وأمّا إذا كان المضارب ضامناً لرأس المال أو ما يشترى به للمالك بضمان الغرامة بحيث يكون المالك هو الضامن للثمن والمتعهد عنه أوّلاً لمن يشترى منه إلّا أنّ المضارب يضمن طولياً ضمان المالك أو خسارته ، فهذا يكون جائزاً ؛ لأنّ حاله حال ضمان شخص ثالث ، كما في عقد التأمين .

ومنه يعرف : أنّ النسبة بين ربح ما لم يضمن بالمعنى الذي ذكرناه وبين تضمين المضارب بالمعنى الأعمّ عموم من وجه . كما ظهر أنّ تضمين التاجر لثمن المال التجاري بالنحو الذي يحقّق ربح ما لم يضمن لا يختصّ بالعامل المضارب ، بل

يعقل في الوكيل والأجير والشريك وغيرهم ، فعلى القول بهذه الكبرى يبطل الربح فيها جميعاً إذا كان التضمين فيه بالنحو الذي ذكرناه أي تضمين الثمن لا ضمان الغرامة ، والله العالم بحقائق الأُمور .

التطبيق الرابع : ما ورد في بعض روايات بيع العينة التي استفيد منها بطلان بيع شيء قبل أن يملك ، كصحيح عبدالرحمن بن الحجّاج ، قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العينة فقلت : يأتيني الرجل فيقول : اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فأُراوضه على الشيء من الربح فنتراضى به . ثمّ أنطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أرده ، ثمّ آتيه به فأبيعه ، فقال : ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه إيّاه كان من مالك ، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتيه ، وإن شاء ردّه ، فلست أرى به بأساً » [١] .

وصحيح منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينة ، قال : ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشتر بها ، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد ، ثمّ جاء به أيشتريه منه ؟ فقال : أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم ؟ ! قلت : بلى . قال : إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس به » [٢] .

وفي معتبرته الأُخرى قال عليه السلام : « أليس إن شاء اشترى ، وإن شاء ترك ، وإن شاء البائع باعه ، وإن شاء لم يبع ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس » [٣] .

وفي معتبرة معاوية بن عمّار قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب منّي بيع الحرير وليس عندي منه شيء ، فيقاولني عليه وأُقاوله في الربح والأجل

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب٨ من أحكام العقود ، ح٩ .

(٢) المصدر السابق : ح١٢ .

(٣) المصدر السابق : ح١١ .

حتى نجتمع على شيء ، ثمّ أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ، فقال : أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ ! قلت : نعم . قال : فلا بأس »[١] .

وفي رواية يحيى بن الحجاج قال : « سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب وهذه الدابة ، وبعنيها أُربحك فيها كذا وكذا ، قال : لا بأس بذلك ، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها »[٢] . ونفس المضمون في معتبرة إسماعيل بن عبدالخالق وغيرها[٣] .

وفي صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : « سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيّة ، فابتاعه الرجل من أجله ، قال : ليس به بأس ، إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه »[٤] .

ما يستفاد من الروايات :

والمستفاد من مجموع هذه الروايات حيثيات ثلاث واردة فيها كتعليل أو ضابطة ونكتة للحكم بالصحّة :

١ ـ لو هلك وذهب المتاع قبل أن تبيعه إيّاه كان من مالك ـ أي من مال البائع بالنسيئة بأكثر ـ ومفهومه أنّه إن كان هلكته وذهابه من مال المشتري لم يصحّ ذلك البيع الذي هو البيع نسيئة بأكثر ، وهذا ما يستفاد من المعتبرتين الأُوليين .

٢ ـ عدم الإلزام وإيجاب البيع على المشتري نسيئة بأكثر قبل أن يشتريه له من السوق نقداً ، ومفهومه أنّه لو كان ملزماً بذلك بمجرّد الشراء من السوق لم يصحّ ،

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

(٢) المصدر السابق : ح١٣ .

(٣) المصدر السابق : ح١٤ .

(٤) المصدر السابق : ح٨ .

وهذا ما صرّح به في كلّ تلك الروايات المتقدّمة عدا صحيح محمّد بن مسلم .

٣ ـ أنّه يبيعه بعد ما يملكه ، ومفهومه أنّه إذا باعه قبل أن يملكه فلا يصحّ .

وهذه التعبيرات أو الحيثيّات الثلاث قد يحمل الثالث منها ملاكاً للحكم ، فيستفاد منه أنّ المقصود بطلان البيع قبل الملك ، وهذا ما فعله المشهور ، وهو قاعدة (من باع ثمّ ملك) ، وقد استظهروه من صحيح محمّد بن مسلم ، بل جعله الميرزا ﴿ صريحاً في شرطيّة الملك لصحّة البيع [١] .

وقد يجعل الثاني منها ملاكاً للحكم بأن يشترط أن لا يكون البيع ملزماً به على المشتري والبائع ولو بعقد سابق أو شرط في ضمن عقد وإلّا كان باطلاً ، فيكون شرطاً آخر غير شرطية الملك عند العقد ، فحتى إذا كان البيع بعد الملك مع ذلك يشترط أن يكون بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشترِ . وعندئذٍ إن خصصنا ذلك بما إذا لم يكن البائع مالكاً للمال حين الإلزام ، وإنّما يملكه فيما بعد ثمّ يبيعه منه ـ لأنّ هذا هو مورد الروايات ـ ثبت بطلان البيع مع الإلزام المسبق في خصوص ذلك ، وإن ألغينا الخصوصية ـ ولو باعتبار له بعد أن كان البيع الملزم بعد الملك ـ عمّمنا الحكم إلى موارد بيع ما يملكه حين البيع أيضاً ، فيكون هناك شرطان لصحّة البيع : أن يكون مالكاً حين البيع وأن لا يكون البيع ملزماً على البائع والمشتري .

والتحقيق : أنّ هذه الروايات أجنبية عن كلا هذين المطلبين ، بل الجهة والمحذور المنظور إليه فيها مطلب آخر هو نفس القاعدة التي ذكرناها ونقّحناها في هذا البحث ، وتوضيح ذلك :

أنّ المراد بكون المشتري أو البائع بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشترِ الوارد في كلّ هذه الروايات أو أكثرها ليس هو الاختيار التكليفي في قبال الإلزام التكليفي ، بل المراد منه ما يقابل اللزوم الوضعي ، بمعنى أن يكون البيع منه نسيئة

---

(١) منية الطالب ١ : ٢٦٩ .

ومع الربح ـ كما صرّح به في بعضها ، وهو المستفاد عرفاً من الباقي حيث لا يقدم صاحب النقد والدراهم عادة إلّا بذلك ـ تامّاً بنفس المقاولة والاتّفاق الأوّل بينهما قبل الشراء له من السوق ، كما هو مقتضى القصد والغرض النهائي بينهما ، وقد صرّح في بعضها أنّه لولا مكانه لم أرده .

فالمقصود : أنّ البيع بأكثر إن كان يتحقّق ويتمّ ويجب على الطرفين بمجرّد الشراء للمتاع له من السوق ففيه محذور وبأس ، وإن كان لا يجب بذلك بحيث لابدّ وأن يوجبه أي يتحقّق البيع والشراء ويتمّ بعد ذلك فلا بأس به . فالمقصود من الخيار واللزوم هذا المعنى الذى يساوق كون الصفقتين صفقة واحدة الوارد في موثّقتي محمّد بن قيس المتقدّمتين في التطبيق الأوّل ، والذي تقدّم أنّه من تطبيقات « ربح ما لم يضمن » .

والدليل على هذا الفهم ـ مضافاً إلى ظهور نفس التعبير بالخيار أو بقوله : « إن شاء اشترى وإن شاء لم يشترِ » في مثل هذه الأبواب إلى تحقق البيع وعدمه ـ قرائن داخلية عديدة في ألسنة هذه الروايات ، وقرائن خارجية منفصلة في روايات أُخرى :

فمن القرائن الداخلية ما ورد في معتبرتي ابن الحجاج ومنصور بن حازم من التعبير بقوله : « لو هلك منه المتاع أو إن ذهب الثوب فمن مال صاحب الدراهم » والذي يعني أنّ تمام نظر الإمام إلى أنّ البيع بأكثر بعد لم يجب بينهما ، وأنّ ما تقدّم من المقاولة ليس إيجاباً للبيع بحيث بمجرّد أن يشتريه له من السوق بدراهمه يقع له ، فليس النظر إلى الإلزام التكليفي بالبيع منه ؛ فإنّه لا يتوقّف على أن لا يكون المتاع أو الثوب من مال صاحب الدراهم ، كما لا يخفى .

ومن القرائن الداخلية التعبير الوارد في رواية يحيى بن الحجاج « اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » حيث إنّ الظاهر من مواجبة البيع ثبوته ولزومه الوضعي ، أي لا يكون البيع تامّاً قبل الشراء من السوق بحيث يقع له المتاع

بمجرّد أن تشتريه من السوق ، والذي هو معنى جعل الصفقتين صفقة واحدة . ونفس الظهور أيضاً بدرجة أخفّ ثابت في معتبرة معاوية بن عمّار .

ومن القرائن الداخلية أيضاً التصريح بالأجل والربح في أكثر هذه الروايات ، بل ما لم يصرّح فيه بذلك أيضاً منصرف إليه ؛ لأنّ هذا هو الأمر الذي كان محل البحث والسؤال في العينة ، حيث كان مقصودهم التوصّل إلى ربح في مقابل الأجل أو في قبال البيع في الذمة لمن ليس فعلاً تحت يده المال دون أن يقع في محذور الربا ، فالجوّ العامّ لهذه الأسئلة ـ كما يظهر ذلك بأدنى تأمّل فيها ـ إنّما هو الفرار من الوقوع في محذور الربا عن طريق البيعين ، وعندئذٍ سئل عن جوازه مطلقاً أو إذا كان البيع بأكثر بعد الشراء وإن كان واقع المقصود والغرض النهائي أن يشتريه له .

فمحذور النهي عن الربا بل حتى النهي عن ربح ما لم يضمن كان منظوراً إليه في كلمات السائلين ويريدون التخلّص عنه بجعل المقاولة ابتداءً والبيع والشراء بأكثر بعد الشراء من السوق إنشاءً ، فلو كان النظر إلى هذا المحذور فهذا أمر عرفي ومحل الابتلاء والسؤال في الروايات كثيراً ، فهو منسجم مع الأسئلة والأجوبة في هذه الروايات جدّاً ، ويناسب أيضاً ذكر الربح والأجل ونحوه .

وأمّا محذور شرطية الملك حين إنشاء البيع فهذا ـ مضافاً إلى كونه غير عرفي ، وكونه غير مؤثّر على قصد المتعاملين ؛ لأنّهما يقصدان تمليك من يشتري بأكثر نسيئة بعد الشراء لا قبله ـ غير منسجم مع تعبيرات الروايات من ذكر الربح والأجل ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أنّ المحذور في الاسترباح الحاصل بهذه المعاملة ، ومحذور شرطية الملك لا ربط له بذلك ، بل صرّح في صحيح محمّد بن مسلم بأنّه « لعلّه يشتريه منه بعد ذلك » ، فلا بدّ من فرض المحذور سنخ محذور يحتمل ثبوته حتى مع كون البيع بعد الشراء من السوق ، وليس هو إلّا محذور الربا أو ربح ما لم يضمن ؛ بتوهّم أنّ الغرض النهائي لو كان ذلك كان مثله في الحرمة والممنوعية .

ومن القرائن الخارجية ورود نفس التعبير في ذيل موثّقة محمّد بن قيس « ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبع بعد ما شاء » فإنّ هذا نفس التعبير الوارد في ألسنة هذه الروايات ، خصوصاً رواية يحيى بن الحجّاج ممّا يعني أنّ هذا التعبير يقابل ما هو مذكور في صدر موثّقة ابن قيس من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، والذي معناه أنّه يلزم صاحبه بالبيع بأكثر قبل أن يبتاع المتاع من السوق بنحو بحيث يقع بمجرّد الشراء من السوق للأوّل ، والذي هو مقصود المتعاملين وغرضهم في هذه الموارد ، لا التملّك قبل الشراء من السوق ، كما قد يتوهمّ .

فالحاصل : موثّقتا محمّد بن قيس خصوصاً الثانية تصلح أن تكون قرينة منفصلة وشارحة للمراد والمقصود من هذه الروايات لو فرض عدم ظهورها في نفسها فيما ذكرناه .

وهذا الاستظهار واضح جدّاً في ما عدا صحيح ابن مسلم ، إلّا أنّه قد يدّعى ظهور خصوص هذا الصحيح في النظر إلى حيثية البيع قبل الملك ، وبالتالي شرطية الملك في صحّة البيع ؛ لأنّه قد ورد فيه التعبير بقوله عليه السلام : « إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه » الظاهر في بيان العلّة وشرطية الملك في صحّة البيع والشراء ، بحيث يكون حمله على النظر إلى شرطية اُخرى تأويلاً .

إلّا أنّ الصحيح : عدم ظهور هذه الصحيحة في أكثر ممّا ذكرناه أيضاً ؛ وذلك ، لأنّ المذكور في التعليل الوارد فيها أنّ المشتري إنّما يشتري المتاع منه بعد ما يملكه البائع بالشراء من السوق ، وهذا يناسب أيضاً مع ما ذكرناه من أنّ الصفقتين لم تجعلا صفقة واحدة بأن يكون النظر إلى كون أحد الشراءين بعد الآخر ، لا أنّهما يقعان معاً ، فيكون المقصود من قوله : « بعد ما يملكه » بعد ما يشتريه ، كما ورد في رواية يحيى بن الحجاج ، بل وفي غيرها أيضاً ، بل هذا هو الظاهر من التعبير بالفعل حيث لم يقل : إنّما يشتريه بعد الملك أو من المالك ، مع أنّ النظر لو كان إلى شرطيّة الملك كان المناسب ذلك ، بل فرض نظر الرواية إلى شرطية الملك حين الإنشاء والبيع

بعيد في نفسه ؛ لأنّه غير مناسب مع ما صرّح به في السؤال من التعبير بقوله : « لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئة » الصريح في فرض عدم وقوع إنشاء الشراء قبل أن يملكه ، ومع ذلك هناك محذور يخشاه السائل ؛ فإنّ هذا المحذور لا بدّ وأن يكون سنخ محذور مربوط بالنتائج لا بالصياغات والإنشاء ، وليس المناسب لذلك ـ خصوصاً مع ملاحظة القرائن اللبّية واللفظية المتقدّمة في سائر الروايات ـ إلّا مسألة الغرض النهائي للمتعاملين ، وهو توصّل صاحب الدراهم والنقد إلى ربح من خلال وساطته دون أن يكون له غرض لنفسه في شراء المتاع .

فالإنصاف : أنّ هذه الروايات ليست مربوطة بشرطية الملك في إنشاء البيع أصلاً ، وإنّما هي ناظرة إلى محذور جعل الصفقتين صفقة واحدة المصرّح به في موثّقتي ابن قيس ، وليس في هذه الروايات تعرّض بالمنطوق إلى المحذور والبأس في صورة كون الصفقتين واحدة ، وإنّما يستفاد ذلك من المفهوم وشبهه ، فيكون قصارى مفادها أنّه في فرض إيجاب البيع من أوّل الأمر وصيرورة المتاع للمشتري بمجرّد شرائه من السوق ـ والذي هو معنى اتّحاد الصفقتين في صفقة واحدة ـ يوجد بأس ومحذور ، وأمّا هل يكون المحذور عندئذٍ بطلان المعاملة مطلقاً أو عدم استحقاق الربح والزيادة ؟ فهذا لا يتعيّن بهذه الروايات ، وإنّما تدلّ عليه موثّقتا محمّد بن قيس ، حيث تقدّم دلالتهما على وقوع البيع نظرة ، غاية الأمر لا يستحقّ الواسطة أكثر ممّا نقد ، أي لا يستحقّ الربح ، فتكون مؤكّدة لقاعدة بطلان ربح ما لم يضمن التي دلّت عليه رواية المناهي وموثّقة محمّد بن قيس الواردة في تضمين التاجر أو المضارب ، خصوصاً إذا استفيد منها الإطلاق لغير المضاربة أيضاً ، كما تقدّم .

وهكذا تتّضح الكبرى الكلّية من خلال مجموع هذه الروايات ، وهي عدم استحقاق الربح التجاري إلّا مع فرض ضمان المستربح لما فيه الربح ، بمعنى أن يكون بدله وثمنه على تقدير تلفه عليه ، لا على البائع أو على شخص آخر بحيث

يكون ذلك الشخص هو طرف البائع في الضمان ، وهذه نكتة عامّة لهـا تـطبيقات عديدة حينما نتأمّلها نجد أنّها كلّها من قبيل موارد التحايل على الربا وتحقيق نتيجته بصياغة اعتبارية أُخرى غير ربا القرض ، فتدبّر في أطراف ما ذكرناه ، فإنّه حقيق به ، والله العالم بحقائق الأُمور .

ملحـق

أمّا البحث في وثاقة عبدالملك بن عتبة فقد قيل : إنّه مردّد بين النخعي الصيرفي الثقة أو الهاشمي الذي لم يرد توثيق بشأنه . وظاهر النجاشي أنّهما شخصان ، وأنّ الأوّل هو الذي له كتاب دون الآخر وأنّه من أصحاب الباقر عليه‌السلام والصادق عليه‌السلام بينما الأوّل من أصحاب الصادق عليه‌السلام وأبي الحسن عليه‌السلام [(١)] . وذكر الشيخ أنّ الثاني أيضاً له كتاب [(٢)] .

وادّعى المحقّق الخوئي قدس‌سره بأنّ من ينقل عنه علي بن الحكم ـ كما في هذا السند ـ ينصرف إلى الهاشمي لا النخعي [(٣)] .

وكلا المطلبين غير تامّ ، بمعنى أنّ العنوانين لرجل واحد ، وأنّ النجاشي قد وقع عنده الخلط بين عبدالملك بن عتبة وعبدالكريم بن عتبة الهاشمي ، فإنّه الذي ليس له كتاب ، والظاهر أنّهما أخوانٌ كما قال به الوحيد البهبهاني [(٤)] .

أمّا عبدالملك بن عتبة فهو واحد ؛ إذ لا يوجد بعنوان النخعي في الأسـانيد إلّا حديث واحد في الكافي ، ويحتمل فيه تصحيف النخعي عن الهاشمي ، إذ لا يحتمل

---

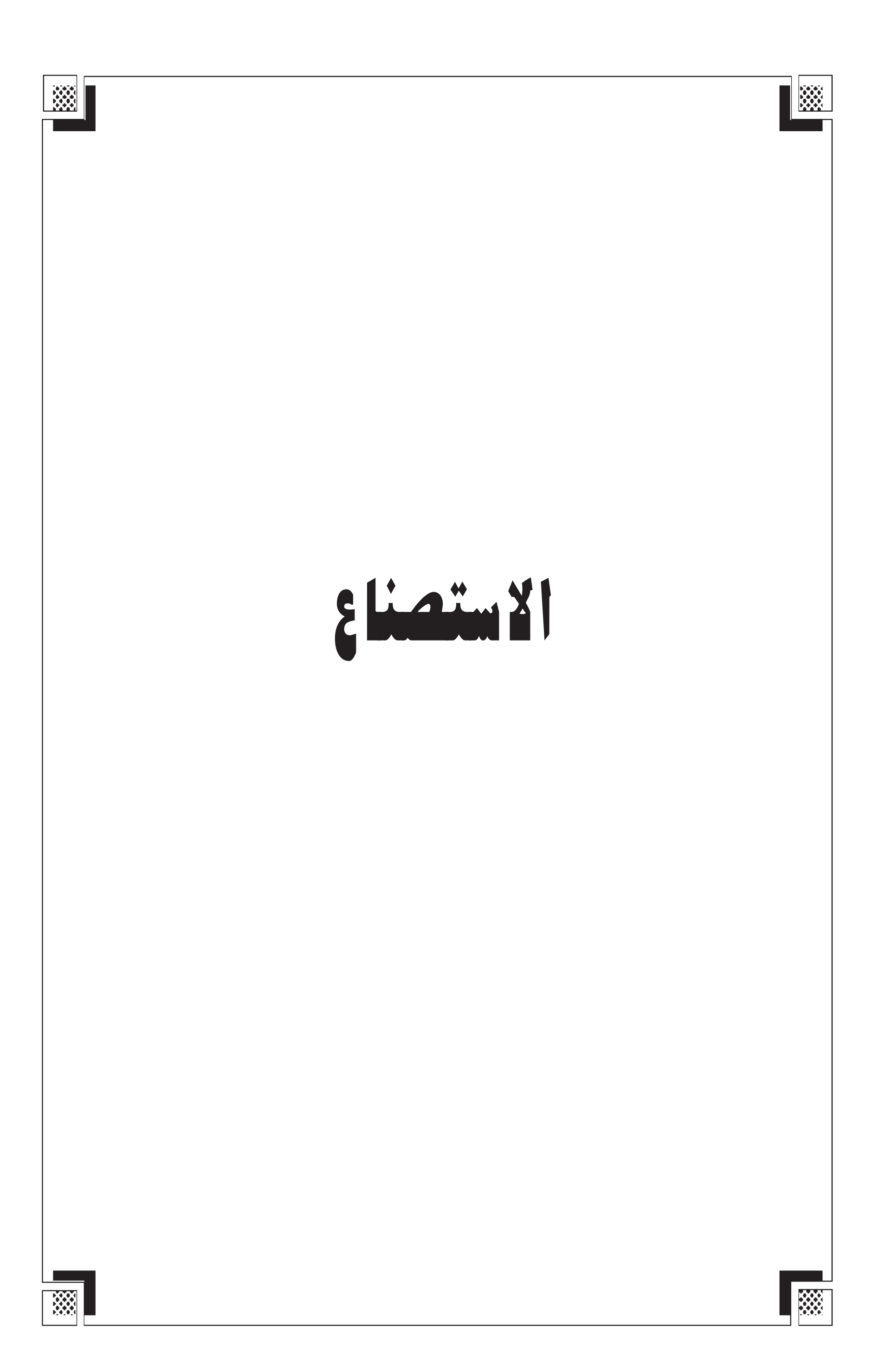
(١) رجال النجاشي : ٢٣٩ . ط ـ جماعة المدرّسين .

(٢) الفهرست (للشيخ الطوسي) : ١١٠ . ط ـ منشورات الرضي .

(٣) معجم رجال الحديث ١٢ : ٢٧ .

(٤) تعليقة الوحيد على منهج المقال : ٢١٥ .

أنّ من له كتاب له رواية واحدة، بينما سائر الروايات والتي تبلغ أربعين رواية تكون عن الهاشمي الذي ليس له كتاب، كما أنّ عبدالملك بن عتبة الوارد مطلقاً أو مع لقب الهاشمي وهو الأكثر لا ينقلان إلّا عن أبي الحسن عليه السلام وقليلاً عن الصادق عليه السلام، ولا نقل ولو لمورد واحد عن الباقر عليه السلام، وأكثرها أيضاً فيه عليّ ابن الحكم عنه عن أبي الحسن عليه السلام، راجع المسألة على ضوء ملاحظة الأسانيد التي وقع فيها هذا العنوان تعرف ذلك، فالرواية صحيحة سنداً.



الاستصناع

من المسائل التي سلّطت عليها الأضواء أخيراً هي مشروعية وصحّة عقد الاستصناع . . وقد عكس أُستاذنا (دام ظلّه) بهذا الصدد خمس طرق لتكييف عقد الاستصناع فقهياً . . لكنّها لم تصمد أمام النقد . . وعليه فلم يبق ثمّة وجه للزوم هذا العقد بناءً على رأي الباحث . . (التحرير)

الاستصناع

حقيقة الاستصنـــاع :

الاستصناع هو اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب والسرير والباب ونحوها ، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع ، فـإذا كـانت العين من المستصنع كان إجارة ، وإن كان مايريده المستصنع جاهزاً بالفعل يأخذه منه كان بيعاً وشراءً .

وهذا يعني أنّ الاستصناع يشبه بلحاظ المادة البيع والشـراء ، وبـلحاظ العـمل المطلوب من الصانع الإجارة . ومن هنا يقع البحث عن صحته وكيفية تخريجه .

وقد اختلفت كلمات فقهاء العامة فيه ، بعد اتفاق أكثر المذاهب الأربـعة عـلى صحته ، وقد جعله أكثرهم من باب بيع السلم . والأصح عند الحـنفية كـونه بـيعاً للمعدوم صحَّ على خلاف القاعدة ، من باب تـعارف النـاس عـليه أو مـن بـاب الاستحسان . ومن خرّجه منهم على أساس عقد السلم اشترط فيه ما يشترط في السلم من تسليم تمام الثمن في مجلس العقد ومن لزوم العقد وغـير ذلك . ومـن جعله بيعاً للمعدوم لم يشترط فيه تلك الشروط ، وكانت صفة العـقد عـنده عـدم اللزوم ، فإذا صنع الصانع الشيء كان للمستصنع الخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وفسخ العقد ، لأنّه اشترى شيئاً لم يره فكان له خيار الرؤية [١] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلّته ٤ : ٦٣٤ .

مع كلمات الأصحاب :

وظاهر كلمات الشيخ ﷺ في الخلاف ـ كتاب السلم ـ الحكم بالبطلان عند فقهائنا حيث قال : « استصناع الخفاف والنعال والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد لايجوز ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لأنّ الناس قد اتفقوا على ذلك . دليلنا على بطلانه : أنّا أجمعنا على أنّه لا يجب تسليمها وأنّه بالخيار بين التسليم وردّ الثمن ، والمشتري لايلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك ، ولأنَّ ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة في الذمة، فيجب المنع منه » [١] .

وقال في المبسوط ـ كتاب السلم ـ: « استصناع الخفّ والنعل والأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز ، فإن فعل لم يصح العقد ، وكان بالخيار إن شاء سلّمه وإن شاء منعه ، فإن سلَّمه كان المستصنع بالخيار إن شاء ردّه وإن شاء قبله » [٢] .

وأمّا سائر فقهائنا بعد الشيخ ﷺ فلم أجد من تعرّض للمسألة بعنوان الاستصناع ، وإن كان قد يستفاد البطلان من بعض كلماتهم في أبحاث عقد السلف وشروطه ، وما يصح فيه وما لا يصح .

ولا شك في أنّ ما يقع بين المستصنع والصانع لو كان مجرّد وعد بالشراء على تقدير الصنع ـ كما يتفق ـ فليس هذا عقداً ولا أمراً واجب الوفاء ، الّا أنَّ هذا المطلب ليس هو المطابق مع المرتكز العرفي والعقلائي ، لا أقلّ في بعض موارد الاستصناع التي يرى فيها الالتزام والتعاقد والمسؤولية بينهما بأن يصنع الصانع له ويأخذه

---

(١) الخلاف ٢ : ٩٣ ، مسألة ٣٣ من كتاب السلم ، دار الكتب العلمية .

(٢) المبسوط ٢ ، ١٩٤ .

المستصنع ويضمنه ، وهذا واضح في أكثر موارده ، خصوصاً مع ما اتسع اليوم من نطاق مثل هذه المعاملة ، وما فيها من الخسارة والخطورة على الصانع لو لم يلتزم المستصنع بأخذ المصنوع لكثرته أو لكونه على ذوق وسليقة خاصة قد لا يـقبلها الآخرون ، فيتضرر الصانع لو لم يكن المستصنع ملزماً بأخذه . فيقع البحث فى أنّه هل يمكن تخريج الاستصناع على أساس عقد من العقود الملزمة ولو في الجملة أم لا يمكن ذلك ، كما هو ظاهر كلمات الشيخ ﷺ ؟

التخريجات الفنّية للاستصناع :

وبهذا الصدد يمكن أن نصوّر تخريجات عديدة لصحة الاستصناع :

١ ـ أن يكون الاستصناع عقداً مستقلّاً برأسه ملزماً للطرفين عـلى حـدّ سـائر العقود اللازمة .

٢ ـ أن يكون الاستصناع من أقسام عقد البيع .

٣ ـ أن يكون الاستصناع من أقسام عقد الإجارة وشبهه كالجعالة .

٤ ـ أن يكون الاستصناع مركّباً من أكثر من عقد .

٥ ـ أن لا يكون الاستصناع عقداً ، بل أمر بالصنع على وجه الضمان .

التخريج الأوّل :

أمّا التخريج الأوّل ـ الذي مال إليه بعض الكتّاب المـحدثين، وهـو أن يكـون الاستصناع عقداً مستقلّاً ـ فيمكن تقريره بأحد نحوين :

النحو الأوّل : أن يقال بأنّ الاستصناع عقد مستقل ينشأ فيه مفهومه المميز عن البيع والإيجار ، وبموجبه يكون الصانع مسـؤولاً عـن إيـجاد الصـنعة وتسـليمها للمستصنع . كما أنّ المستصنع مسؤول عن تسليم الثمن الذي اتفق عليه بينهما في قبال مايصنعه له الصانع .

مناقشة :

ويمكن الملاحظة على هذا البيان بأنَّ الاستصناع ليس إلّا بمعنى طلب الصنع ، وهو مفهوم تكويني لا إنشائي اعتباري كالبيع أو الايجار أو غيرهما من عناوين المعاملات ، فلا معنى لأن يكون الاستصناع بمفهومه ومعناه اللغوي هو المنشأ المعاملي في هذا العقد المستقل ، بل لابدَّ وأن يرجع إلى إنشاء مفهوم آخر اعتباري ، وهو إمّا تمليك العين المصنوعة فيكون بيعاً ، أو العمل فيكون إجارة أو شبهها ، فيرجع إلى أحد الاحتمالات الأُخرى .

النحو الثاني : أن يكون المنشأ المعاملي بينهما هو الاتّفاق على أن يهيئ الصانع ما يريده المستصنع ويعرضه عليه ليشتريه منه في الموعد المقرر وبالقيمة المتفق عليها مسبقاً أو فيما بعد ، فيكون عقد البيع فيما بعد ، أي بعد إعداد المصنوع .

وأمّا عقد الاستصناع ـ الواقع فعلاً ـ فهو اتفاق بين الصانع والمستصنع على التزام كل منهما بعمل في قبال الآخر يكون فيه غرض ونفع له ، فالصانع يلتزم بإعداد الصنعة وعرضها على المستصنع في الوقت المتفق عليه ليشتريه منه ، والمستصنع يلتزم بشرائها منه بعد إعدادها وعرضها بالقيمة المتفق عليها بينهما مسبقاً أو عند الشراء .

وهذا يكفي في صدق العقد ، ولا يشترط أن يكون بيعاً أو تمليكاً ؛ إذ ليس العقد إلّا الالتزام والتعهّد المربوط بالتزام آخر ، أو المتفق عليه بين اثنين .

فيقال بلزوم الوفاء به تمسكاً بعموم ﴿ **أَوفوا بالعقود** ﴾ [1] ونحوه من أدلّة الصحة والنفوذ ، وأثره وجوب الصنع على الصانع ووجوب الشراء على المستصنع عند إتمام الصنع وجوباً تكليفياً .

---

(١) المائدة : ١ .

مناقشة :

ويمكن أن يلاحظ على هذا الوجه بأنّ العقد ليس مطلق الالتزام الجازم بفعل للآخر مطلقاً أو مع التزام في مقابله ، وإلّا كان كل تعهّد جازم بفعل للآخر عقداً واجب الوفاء به ،كما إذا التزم أن يخرج في اليوم الفلاني في قبال أن يخرج الآخر أيضاً في نفس اليوم أو يوم آخر ، أو التزم بأن يسافر إلى زيارة صديقه أو غير ذلك ممّا لا إشكال فقهياً في كونه من الوعد غير الواجب .

ودعوى : خروج ذلك بالإجماع والسيرة وإلّا كان مشمولاً لعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ ، كما ترى . ولو فرض فلماذا لا يقال به في المقام أيضاً ؟ !

والذي يخطر بالبال فعلاً ـ وقد يأتي مزيد بحث عنه أيضاً ـ أنّ العقد ليس مجرّد الالتزام الجازم بفعل ، وإلّا كان كل وعد جازم بفعل عقداً . وليس الفرق بين العقد والوعد أو الشرط الابتدائي بكون الأول جزمياً والثاني مردداً ومشكوكاً . كما أنّه ليس الفرق بأنّ الأول مشتمل على التزامين والثاني التزام من طرف واحد ، كيف ! وفي العقود ما يكون الالتزام فيه ـ بمعنى من عليه الشيء ـ من طرف واحد كالهبة .

وإنّما العقد هو الالتزام والتوافق بين طرفين على إيجاد حق لأحدهما أو لكليهما كالملكية والزوجية والولاية وغيرها من الحقوق الاعتبارية القانونية . فليس مجرد الالتزام بأداء فعل ولو كان بين اثنين وبنحو التوافق عليه من دون أن تحصل علقة وضعية اعتبارية في البين عقداً . وعلى هذا الأساس نقول في المقام بأنّ مجرّد التزام الصانع بأن يصنع المتاع في قبال التزام المستصنع بأن يشتريه منه بعد صنعه لا يكون عقداً ما لم يرجع إلى إنشاء حق في البين من تمليك العين أو العمل أو المنفعة أو حق وضعي آخر .

فالاستصناع إن كان إنشاءً لحق متعلق بالعين المصنوعة فهذا لابدّ وأن يرجع بحسب الروح إلى بيع السلم ، وإن كان إنشاءً لحق متعلق بعمل الصانع ومنفعته فهذا ـ مضافاً إلى انّه لا يفي بغرض المستصنع حيث إنّه يريد العين المصنوعة أيضاً

لا مجرد عمل صنع الصانع ـ مرجعه إلى الاجارة في فقهنا ، وإن لم يكن في البين إنشاء حق أصلاً بل مجرد وجوب الصنع على الصانع تكليفاً ووجوب الشراء على المستصنع كذلك فهذا ليس عقداً .

نعم يمكن أن يقال : بأنّ الحق المنشأ بالاستصناع ليس من حق الملكية للعين أو العمل ليرجع روحاً ولبّاً إلى البيع أو الاجارة بحسب فقهنا ، بل هو من سنخ العهدة ، فالصانع يتعهد للمستصنع بأن يصنع أو يهيئ له العين بالنحو المتفق عليه بينهما وفي الوقت المقرّر ، في قبال أن يتعهد المستصنع بشرائه منه في ذلك الوقت بقيمته السوقية مثلاً ، فيكون نظير عقد الضمان بناءً على انّه من ضم العهدة إلى العهدة لا الذمة إلى الذمة ، ونظير عقد الكفالة بناءً على انّه تعهد بإحضار المكفول في الوقت المقرّر .

فالحاصل : ليست العلقة الوضعية والحق المنشأ بالعقود منحصراً في الملكية ، بل يمكن أن يكون بنحو العهدة . وإن شئت عبّرت عنه بالحق الشخصي ـ كما في الفقه الوضعي ـ وأثره انّه يمكن إلزامه به قانونياً ، بل قد يكون من آثاره تحمل الطرف المتعهد وضمانه للخسارة أو الضرر الحاصل للطرف الآخر إذا تخلف عن تعهده ولم يفِ به ، فكذلك يقال في المقام .

وهذا البيان قد يكون صحيحاً عرفاً وعقلائياً في مورد لا يكون فيه غرض للمتعاملين بالعين المصنوعة فعلاً ، بل الغرض في توفر شيء في المستقبل قد يتعلق غرض به في حينه كما إذا فرض أنّ إعداد الشيء المطلوب في وقته صعب إذا لم يوفر من الآن فعند الاحتياج إليه لا يكون في متناول اليد ، ففي مثل هذه الموارد من وجود غرض آخر مستقل عن تملك الشيء المطلوب بالفعل قد يصحّ إنشاء حق بالمعنى المذكور .

وأمّا إذا كان الغرض في تملك نفس المصنوع من الآن غاية الأمر لعدم وجوده

وتوقف إيجاده على صنعه يأمر بصنعه ، ولهذا يعيّنان ثمنه من الآن ويتفقان عـليه أيضاً ، فمثل هذا لا يمكن تخريجه على هذا الأساس .

وبعبارة أُخرى : لا يوجد في باب الاستصناع غرض في تعهد آخر وراء تملك المستصنع للمصنوع الذي يريده بالثمن الذي يتفقان عـليه مـن أوّل الأمـر ، فـهذا التخريج حتى إذا كان عقداً صحيحاً ثبوتاً في بعض الموارد لا يتطابق مع المرتكز العرفي في عقد الاستصناع ؛ فإنّ الاستصناع ليس الغرض منه توفير ما قد لا يتوفر في وقته ولا هذا من لوازمه ، بل الغرض منه أن يتملك المستصنع ما ليس موجوداً بالفعل خارجاً ولكنه يمكن للصانع أن يصنعه له .

كـما انّ تـلك الخـصوصية والعـناية المـفترضة فـي هـذا الوجـه لا تـختص بالمصنوعات بل قد تكون في الأعيان أو الأموال التجارية فيتفق التاجر مع آخـر على أن يهيئ له في الشتاء مثلاً ما يحتاج إليه على أن يشتريه منه بقيمته في وقته ، فصحّة هذا التوافق وكونه عقداً على تقدير قبوله لا ربط له بعقد الاستصناع .

دعوى ومناقشة :

ثمّ إنّه قد يقال : بأنّ المستفاد من بعض الروايات الواردة في النهي عن بيع مـا ليس عندك أنّ أيّة معاقدة ومقاولة على شراء متاع يحصّله البائع في المستقبل ـ أي غير مهيّأ عنده فعلاً ـ لا تصح شرعاً ، إلّا إذا كان كل من الطرفين بعد حصول ذلك المتاع بالخيار إن شاء باعه واشتراه الآخر وإن لم يشأ لم يتعاقدا عليه ، فـوجوب الشراء على المستصنع للمتاع بعد صنعه بنفس المقاولة الاولى خلاف مـفاد تـلك الأخبار ، ومحكوم بالفساد والبطلان .

ففي صحيح معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه‌السلام : يـجيئني الرجـل يطلب (منّي) بيع الحرير وليس عندي منه شيء ، فيقاولني عليه وأُقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ؟ فقال :

أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ قلت : نعم . قال : فلا بأس » [١].

وهناك غيرها من الروايات بنفس المضمون أو ما يشبهه .

وظاهرها أنّ المعيار والميزان في الصحة هو ذلك ، بحيث لو كان ملزماً كان باطلاً وفيه بأس . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الاتفاق على بيع وشراء شيء غير موجود عنده بأن يحصّله مصنوعاً من السوق أو يحصّل مادته من السوق ويصنعه ثم يكون الآخر ملزماً بأخذه .

إلّا أنّ الانصاف بطلان هذا الكلام ؛ وذلك :

أوّلاً : بالنقض ، بما إذا كان قد اشترط في ضمن عقد لازم أن يشتري منه ما سيصنعه فلان أو يشتريه من السوق فيما بعد ، فإنّه لا إشكال في وجوب الشراء عليه إذا صنعه ، وصحة شرائه ؛ حيث لا يتوهم فقهياً بطلانه أو بطلان الشرط أو النذر بذلك لمجرد انّه إلزام بشراء في المستقبل .

وثانياً : بالحلّ ، بأنّ الروايات المذكورة ناظرة إلى حالات الاسترباح لمن له المال والنقود ممّن يريد المتاع ولكنه لا يوجد لديه الثمن ليشتريه فيستعين بالأوّل ليشتريه له على أن يوفّيه الثمن فيما بعد ويجعل له الربح في ذلك .

ومن هنا كانت هذه الرواية من روايات بيع العينة . وهذه الخصوصية غير موجودة في المقام ولا في مورد النقض المتقدم بيانه ، فليس مفاد هذه الرواية ولا غيرها من روايات بيع العينة أن الالزام بالمعاملة المستقبلية وكونها واجبة ولازمة موجبٌ لبطلانها بوجه أصلاً . وهذا واضح يطلب تفصيله من محله .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

هذا تمام الكلام في التخريج الأوّل .

التخريج الثاني :

أمّا التخريج الثاني : فهو أن يكون الاستصناع بيعاً ، وهذا له حالتان :

الحالة الأولى :

أن يكـون بيعاً لشيء حالي ، وذلك فيما إذا كان هناك شيء موجود بالفعل ، إمّا قسم من المصنوع كمقدار من السجاد قبل إكـماله أو مـادة له كـالحديد والخشب فيشتريه المستصنع ويشترط على الصانع أن يجعله سريراً مثلاً أو أن يكمل صـنع السجاد . وهذا من البيع الشخصي ، والذي لا يشترط فيه شرائط السـلم كـإقباض الثمن في مجلس العقد .

ولكن هذا خلاف الارتكاز العرفي في موارد الاستصناع ؛ فانّه مضافاً إلى انّـه يوجب اختصاصه بـمورد وجـود جـزء مـن المـصنوع وتـحققه خـارجاً مـع انّ الاستصناع أعم من ذلك ، لازمه أنّه لو لم يصنع الباقي ويكمله كان المستصنع مالكاً للناقص ، غايته أنّ له خيار الفسخ . مع أنّه ليس كذلك ، بل الباقي كالمصنوع قـيد للمبيع ، وليس غرض المستصنع إلّا في المصنوع النهائي بلا حاجة الى فسخ .

كما أنّ لازمه أنّ تلفه بلا تعدٍّ أو تفريط يكون من مال المستصنع قبل إتمام الصنع لا الصانع ؛ لأنّه كالأجير تكون العين في يده أمانة . وهذا أيضاً خلاف المرتكز من أنّ الصانع ما لم يصنع ما يريده المستصنع له لا يكون له حق عليه .

الحالة الثانية :

أن يكون بيعاً كلّياً في الذمـة ، فـيشتري المسـتصنع مـن الصـانع مـتاعاً كـلّياً بمواصفات معينة ولتكن إحداها أنّه من صنعه لا صنع غيره .وهذا هو الغالب فـي موارد الاستصناع ؛ إذ قد لا يكون هناك عين بالفعل لدى الصانع .

وهذا هو التخريج الذي ذكره بعض العامة ، وعلى أساسه يكـون مـنالسـلم ،

واشترطوا فيه ما يشترط في ا لسلم كقبض الثمن في مجلس العقد .

وهذا بنفسه يوجب محدودية عقد الاستصناع خارجاً ، حيث لا يسلم فيه شيء من الثمن أو أكثره عادة ، فلو كان من السلم كان اللازم فساده .

محاولة للتصحيح :

وقد يحاول دفع ذلك بأنّه لا دليل على اشتراط تسليم الثمن في مـجلس بـيع السلم ؛ وذلك :

أ ـ لو كان مدركه عدم صدق عنوان السلم عليه من دون إقباض الثمن ـ فـإنّ السلم والسلف مقابل للنسيئة لغة وعرفاً فلا تشمله روايات السلم ـ فهذا لا يوجب بطلان بيع الكلي فى الذمة نسيئة أو بلا إقباض الثمن ؛ إذ غايته عدم صدق بيع السلم عليه وعدم شمول تلك الروايات له لا عدم صحته ، فحينئذٍ تكفي لإثبات الصحة عمومات ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ [١] و ﴿ **وتجارة عن تراض** ﴾ [٢] ونحو ذلك .

هذا مضافاً إلى منع تقوّم التسليف بذلك لغة أو عـرفاً ، وإنّـما صـدقه بـلحاظ التسليف فى المبيع ، كما أنّ روايات السلف لا تدل على ذلك . نعم قد يـظهر مـن بعضها أنّ ثمن السلف لم يكن ديناً في ذمة المشتري ، بل كان مدفوعاً للبائع إلّا أنّه أعم من الإقباض في المجلس .

ب ـ وإن كان مدركه ما ذكره في التذكرة [٣] من شمول النهي عن بـيع الديـن بالدين [٤] إذا أجّل الثمن ولم يقبض في المجلس ، ففيه :

أولاً : الدين غير عدم الإقباض وبينهما عموم من وجه ، إذ قد يكون الثمن مالاً

---

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) التذكرة ١ : ٣٧٤ ، ط . الحجرية .

(٤) الوسائل ١٣ : ٩٩ ، ب ١٥ من الدين والقرض ، ح١ .

خارجياً من دون إقباض في المجلس بل يقبضه بعد ذلك ، وقد يكون الثمن ديـناً ويقبضه في المجلس ، فكيف يصح الاستدلال على شرطية إقباض الثمن في صحة السلف بالنهي عن بيع الدين بالدين .

وثانيـاً : قد يكون ظاهر بيع الدين بالدين ما إذا كان المبيع والثمن أو المبيع على الأقل ديناً بقطع النظر عن ذلك البيع ، فلا يشمل ما يصبح ديناً بنفس البيع كما في المقام ، ولا أقل من الإجمال كما يظهر من كلمات الفقهاء وفتاواهم في مسألة بيع الدين بالدين ، على أنّ في روايات السلم ما قد يستظهر منه صحة السلف بالدين ، فراجع [١] وتأمل .

جـ ـ وإن كان مدركه نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الكالي بالكالي [٢] ، فهذا لم يثبت بطرقنا ، بل في طرق العامة ، على أنّ المراد بالكالي لعلّه الدَّين لا مـطلق المـبيع المتأخر بالثمن المتأخّر عن مجلس العقد . والكالي مـن الكـلاءة بـمعنى الحـفظ والمراقبة ، والكالي ـ كما ذكره في المسالك ـ « اسم فاعل ، فكأن كل واحد مـن المتبايعين يكلأ صاحبه أي يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته ، وفيه حينئذٍ إضمار أي بيع مال الكالي بمال الكالي ، أو اسم مفعول كالدافق فلا إضمار » [٣] فيرجع هـذا الحديث الى ما هو منقول عندنا من النهي عن بيع الدين بالدين .

د ـ وإن كان مدركه الإجماع الذي ذكره أكثر الفقهاء ، فيحتمل فيه المـدركية واستناد المجمعين إلى بعض الوجوه المتقدمة ، فلا يـمكن أن يكشـف عـن قـول المعصوم عليه السلام .

وعليه ، فلا يشترط في صحة بيع المبيع الكلي في الذمة ـ أي السلم ـ أن يكون

---

(١) سنن البيهقي ٥ : ٢٩٠ . المستدرك على الصحيحين ٢ : ٦٥ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) مسالك الافهام ٣ : ٢٢٢ ، ط . مؤسّسة المعارف الإسلامية .

ثمنه مقبوضاً في مجلس العقد ، وعليه فيصح شراء المصنوع في مورد الاستصناع بنحو السلف ولو لم يسلم فيه ثمنه إلّا بعد تسليمه بعنوان كونه بيعاً ولو لم يسمّ سلفاً .

مناقشة هذه المحاولة :

والإنصاف : أنّ هذه المحاولة غير تامة ؛ لأنّ الإجماع المذكور بدرجة من الوضوح عند فقهاء الإمامية والعامة بحيث لا يحتمل استناد كل المجمعين فيه الى مثل تلك الوجوه التي لم ترد إلّا في بعض إشارات العلّامة وتعبيراته .

بل يمكن دعوى قيام سيرة المتشرّعة بل سيرة المسلمين عملاً على ذلك ، وأنّ ارتكازهم العملي كان على أنَّ من يشتري شيئاً سلفاً في ذمة الغير لا يصح منه ذلك مالم يقبضه ثمنه في المجلس .

بل لعل سيرة العقلاء أيضاً لا تساعد على تحقق البيع والمعاوضة إذا كان كلا العوضين فى الذمة أو مؤجلين ، فكأنّه مواعد على البيع فيما بعد عند تحقق أحد العوضين وقبضه ، وأمّا البيع عند العرف فعلاً فلابدَّ فيه من فعلية وجود أحد العوضين من الثمن أو المثمن .

نعم ، قد يصح أن يقال : إنّ القدر المتيقن من مثل هذا الدليل اللبّي شرطية فعلية أحد العوضين في تحقق المعاوضة وعدم كونهما معاً مؤجّلين ، وهو أعم من شرطية الإقباض في المجلس . وتمام الكلام في ذلك موكول الى محله .

وهكذا يظهر : أنّ تخريج الاستصناع على أساس السلم يوجب تحديد عقد الاستصناع بخصوص ما إذا كان الثمن مقبوضاً في المجلس أو نحوه .

نعم ، يمكن تخريجه لا على أساس السلم وبيع الكلّي ، بل بيع الشخصي حتى في الحالة الثانية على أساس بيع المعدوم ـ كما نقل عن أكثر الأحناف من العامة ـ بأن لا يكون المبيع كلياً في ذمة الصانع ، بل المبيع شخصي ، أي يشتري المصنوع

الذي سيصنعه الصانع خارجاً والذي هو متعين خارجاً إذا كان واحداً ، أو بنحو الكلي في المعين الذي هو خارجي أيضاً إذا كان ما يصنعه أكثر مما يريده المستصنع ، وباعتبار تعارفه والاطمئنان بتحققه من جهة التزام الصانع بالصنع لا يكون باطلاً ، فإنّ وجه البطلان ليس عقلياً ، بل هو لزوم الغرر ونحو ذلك مما يرتفع بالتعارف المذكور والاطمئنان بالصنع .

وبهذا يخرج عن السلف ؛ لاختصاصه بما إذا كان المبيع كلياً في الذمة . كما أنّه لاتشمله روايات بطلان بيع المعدوم كالعبد الآبق ونحوه ؛ لانصرافها الى موارد عدم التعارف الخارجي وعدم الاطمئنان بتحققه في ظرفه بنحو يرتفع الغرر والخطر .

إلّا أنّ هذا التخريج لو تمّ ـ وكذلك التخريج على أساس بيع السلم ـ لم يكن وجه لإلزام الصانع بالصنع ما لم يرجع إلى شرط ضمني عليه ، كما هو واضح .

كما أنّ لازم أصل تخريج الاستصناع على أساس البيع أنّه لو ظهر بطلان البيع بعد أن صنع الصانع ما عليه لا يكون المستصنع مسؤولاً عن خسارته إذا كسدت السلعة المصنوعة في يده نتيجة كونها قد صنعت حسب رغبة المستصنع وذوقه ، مع أنّه في العرف الخارجي يعتبر المستصنع مسؤولاً عن ذلك . وهذا يناسب مع تخريج الإجارة وشبهها لا البيع وأنّ عمل الصانع كأنّه مضمون على المستصنع حيث كان بأمره ، وهذ ماسنبحثه في التخريج القادم .

التخريج الثالث :

أمّا التخريج الثالث فهو أن يكون الاستصناع إيجاراً للصانع من قبل المستصنع ، أو شبه الإيجار كالجعالة في قبال ما يتفق عليه بينهما ، ويكون المصنوع عندئذٍ للمستصنع تبعاً لتملّكه عمل الصانع وصنعه بالإجارة .

وامتياز هذا التخريج أنّه يخرِّج لنا وجه ضمان المستصنع لعمل الصانع إذا ظهر بطلان العقد ، وأنّ المصنوع يكون للمستصنع ، ويضمن للصانع أُجرة مثل عمله

التي تساوي قيمة ذلك المصنوع بخصوصياته لا محالة . ولعلّه لهذا جعله بعضهم من عقود الاجارات [(١)] .

وقد يقال : إنّ لازم ذلك أن يكون تلف المصنوع قبل تسليمه من مال المستصنع لا الصانع ، وهو خلاف الارتكاز في باب الاستصناع .

والجـواب : أنّه يمكن اعتبار تسليم مثل هذا العمل بتسليم المصنوع لا مـجرّد الصنع ، فمع عدم تسليمه تنفسخ الإجارة .

إلّا أنّ الإشكال عندئذٍ في وجه تملّك المصنوع الذى هو عين خارجية ، مع أنّ الإجارة تمليك للمنافع لا الأعيان ، فإنّها بحاجة إلى البيع بشروطه .

ويمكن في المقام أن يُذكر وجهان لتقريب تملّك المستصنع الذي هو المستأجر للعين المصنوعة بالإجارة أو شبهها تبعاً :

الوجه الأوّل :

أن يقال بأنّ العين المصنوعة تعتبر بمثابة نتيجة العمل وثمرته ونمائه ، فـتكون ملكاً لمالك العمل بقانون التبعية وأنّ من ملك الأصل ملك النماء ، نظير ما يقال في الأجير على الحيازة من أنّ ما يحوزه يكون ملكاً للمستأجر ، أو في ثمار البستان والشجرة المستأجرة والتي تكون للمستأجر تبعاً لملك منفعة البستان .

ويلاحظ على هذا الوجه :

بأنّ التبعية لا دليل لفظي فيه ليتمسك بإطلاقه ، وإنّما يثبت بـالسيرة العـقلائية والارتكاز العرفي الممضى شرعاً في مثل الثمر والشجر ونحو ذلك مما يكون أحد المالين متولّداً من الآخر ذاتاً وامتداداً له . وفي المقام ليست المادة المصنوعة متولّدة من العمل جزماً ، وأمّا الهيئة المصنوعة فهي حيثية تعليلية في العين والمادة عـرفاً وشرعاً ، ولهذا لا تكون مالاً مستقلاً في قبال المادة .

---

(١) راجع شرح مجلّة الأحكام العدلية : ٢١٩ .

وعدم التبعية في المقام أَولى منه في مورد الحيازة ، وإن كان الصحيح فيها أيضاً عدم التبعية على ما حقّقناه في محلّه ، ووجه الأولوية أنّ المادة المصنوعة هنا كانت مالاً مملوكاً للصانع في المرتبة السابقة ، فيحتاج انتقالها في الملكية من الصانع إلى المستصنع إلى سبب ناقل لا محالة ، وهذا بخلاف المال المحاز الذي لا يكون مملوكاً إلّا بعمل الحيازة نفسه .

وأمّا تملّك الثمرة لمن يستأجر الشجرة فهو على أساس عناية أُخرى عرفية غير التبعية ، وهي أنّ الثمرة تعتبر بالنسبة للشجرة منفعة لها أيضاً ، فيكون إيجارها بمعنى تمليك منفعتها والتي منها ثمرتها . ومن هنا اشترط بعضهم أن يكون ذلك قبل حصول الثمرة .

وأمّا في المقام فليست العين المصنوعة منفعة لا لعين أُخرى ولا لعمل الصانع . نعم الهيئة المصنوعة قد تلحظ منفعة لعمل العامل إلّا أنّها ليست مالاً مستقلّاً في العين ، بل هي حيثية تعليلية لازدياد مالية العين المصنوعة كما ذكرنا ، فيحتاج انتقال ملكيتها من الصانع إلى المستصنع إلى سبب ناقل غير إجارة العمل .

الوجه الثاني :

أن يكون تملّك المادة المصنوعة بالتبع ، بمعنى الشرط الضمني على الأجير أن يعطيها للمستصنع ، نظير ما يقال من تملّك المستأجر ضمناً الخيوط التي يستخدمها الخيّاط في عمله أو الصبغ الذي يستخدمه الصبّاغ مقدمة لعمل الصباغة ونحو ذلك ، حيث إنّها تكون على الأجير ما لم يشترط خلافه .

ويلاحظ على هذا الوجه :

أنّ هذا قد يصح في مثل الخيوط والصبغ ونحوه مما يستهلك ويتلف مقدّمة للعمل الواقع على مال الغير بحيث لا يكون له بقاء معتدّ به مستقلّاً عمّا هو مال المستأجر عنده ، وإلّا كان بحاجة إلى سبب آخر غير الإجارة كالتوكيل في الشراء له مثلاً . فيكون هناك عقدان ، بيع وإجارة ، ومثاله ما يحتاجه الخيّاط من قماش آخر

(البطانة) فيشتريه الخيّاط للمالك وكالة .

هذا ، مضافاً إلى أنّ هذا إنّما يصحّ فيما إذا فرض وجود عين أُخرى زائداً على العمل الذي يصبّه الأجير على مال المستأجر كالبطانة للقماش .

وأمّا في المقام فالعين المصنوعة بتمامها للصانع ، وليس شيء منها للمستصنع ، وعندئذٍ يكون عمل إيجادها مقدّمة لها ، وليس للمستصنع غرض في إيجادها بقطع النظر عنها ، بل ولا مالية لإيجادها مع قطع النظر عنها ، فلا يوجد مالان أحدهما عمل الصانع والآخر الشيء المصنوع ، بل هناك مال واحد إمّا هو المصنوع أو هو العمل والإيجاد بلحاظ ما له من نتيجة ونماء وفائدة .

فلا يصحّ أن يتحقق سببان وإنشاءان معامليان أحدهما تمليك عمل الإيجاد بالإجارة والآخر تمليك المصنوع الناتج منه بالشرط . بل إمّا أن يكون المصنوع بمثابة النماء والمنفعة للعمل فيصحّ إيجار العمل على أساس الوجه السابق ، وإلّا ـ كما هو كذلك ـ فلا تصحّ الإجارة على الإيجاد وتمليك المصنوع بالشرط ؛ لعدم تعدّد المال ، بل وعدم صحة الإجارة على ما لا مالية له ، وهو الإيجاد بعد أن لم يكن مستتبعاً لتملّك المال المصنوع ، فترجع المعاملة لبّاً وروحاً إلى تمليك المصنوع بصيغة الشرط .

ومنه يظهر أيضاً بطلان تخريج الاستصناع على أساس الإجارة أو الجعالة في قبال تمليك المصنوع للمستصنع ، فإنّ عمل التمليك لا مالية له مستقلّاً عن العين المملّكة وإلّا أمكن إرجاع كل بيع إلى إجارة .

التخريج الرابع :

وأمّا التخريج الرابع فهو أن يكون الاستصناع مركّباً من أكثر من عقد واحد . وتصويره المتعارف بأن يكون مشتملاً على توكيل الصانع بشراء مادة الصنع له ، فيشتمل على وكالة أولاً ثمّ شراء للمادة بالوكالة للمستصنع ثانياً ، ثمّ هو أجير على صنعها بالنحو الذي يريده المستصنع بالأُجرة المتفق عليها بينهما .

إلّا أنّ هذا التخريج وإن كان معقولاً في بعض الموارد ، كمورد الخياطة ونحوها ممّا يحتاج العمل في مال المستأجر إلى بعض التوابع الأُخرى ، ولكنّه ليس تخريجاً للاستصناع كعقد مستقلّ ولا ما يريده القائل بالصحة في موارد الاستصناع ؛ حيث لا يريد مجموعة عقدين أو أكثر لكل منها حكمه ؛ فإنّ هذا لا بحث فيه ، كما أنّ من لوازم ذلك أن تكون المادة المشتراة قبل الصنع ملكاً للمستصنع وعليه تلفها وخسارتها ، وأنّ المستصنع لو رجع عن قصده قبل بدء الصانع بالصنع لزمه أن يأخذ المادة التي اشتراها الصانع لأنّها اشتُريت له ، وأن لا يحق للصانع التصرّف فيها بدون إذنه وإعطاؤها للغير وصنع فرد آخر للمستصنع ، وغير ذلك من الأُمور .

التخريج الخامس :

أمّا التخريج الخامس فهو أن يكون الاستصناع أمراً بالصنع على وجه الضمان للمصنوع ، نظير الأمر بالعمل على وجه الضمان ، أو الأمر بإتلاف المال كذلك ، فيكون الصانع مأموراً بأن يصنع له على وجه الضمان بما يتّفقان عليه ، فإذا صنعه للمستصنع كان ضامناً لتلك القيمة في قبال تملّك المصنوع .

إلّا أنّ هذا التخريج يتوقّف صحّته على أن يدّعى توسعة في باب الضمان بالأمر . وتوضيح ذلك : أنّه لا إشكال في ضمان الآمر للعمل ، كما إذا أمره بأن يخيط ثوبه ، وكذلك لا إشكال في الضمان بالأمر بالإتلاف ، كما إذا قال له : ألقِ مالك في البحر وعليَّ ضمانه ، أو أعطه الحيوان ليأكله وعليَّ ضمانه .

كما لا إشكال عقلائياً في تعيّن ضمان المسمّى إذا اتّفقا عليه ، ولعلّ من هذا الباب الجعالة أيضاً .

إلّا أنّ هذه الموارد كلّها من باب الإتلاف للعمل بصبّه على مال الغير أو المال بإعطائه لمن يأكله أو إلقائه في البحر ، فيكون الأمر بالإتلاف على وجه الضمان موجباً للضمان ، إمّا ضمان الغرامة أو المسمّى الذي يتّفقان عليه .

وفي المقام لا يوجد إتلاف للمال المصنوع ، وإنّما نقل للمال وتمليك للعين

المصنوعة ، وعندئذٍ قد يقال : بأنّ ضمان الأمر توسعة لقاعدة ضمان الإتلاف ، فلا تشمل إلّا موارد الإتلاف لمال الغير بالأمر ، وأمّا التمليك والتملّك فبحاجة إلى سبب ناقل من بيع أو إيجار ، فلا يتمّ هذا التخريج في المقام .

إلّا أنّه يمكن أن يقال : بأنّ القاعدة المذكورة أوسع من ذلك عند العقلاء ، فتشمل موارد الإتلاف على المالك ولو لم يكن إتلافاً للمال . وهذه التوسعة لها تطبيقان :

أحدهما : ما إذا كان إتلافاً للملكية وسيطرة المالك على المال ، إمّا حقيقة وشرعاً كما إذا قال له أوقف أو تصدّق بمالك أو اعتق عبدك وعليَّ ضمانه ، أو عرفاً كما إذا أمره بأن يُري ماله للسلطان فأخذه منه غصباً ، فإنّه يضمن الآمر قيمة ماله جزماً ؛ لأنّه أتلفه عليه عرفاً .

الثاني : ما إذا لم يكن إتلافاً حتى للملكية وسيطرة المالك على ماله ، ولكنّه كان إتلافاً للهيئة التي كان عليها المال ومتعلّقة لغرض مالكه التي كان يريده بها ، كما إذا قال لبائع اللحم : اشوِ هذا اللحم لي فشواه له ، فإنّه خرج بذلك عن كونه لحماً ، فيكون ضامناً لقيمة اللحم أو ما اتّفقا عليه ، ويكون المشوي له ولو بعد دفع بدله ، وليس للآمر أن يتركه ويذهب .

وهذا قد نقوله في مورد الغصب أيضاً ، فمن أخذ مال الغير غصباً وغيّره ولم تنزل قيمته السوقية بذلك ولكنّه كان بنحو لا يفيد مالكه كان من حق المالك المطالبة بقيمة أصل ماله أو بمثله في قبال ما غيّره عليه . بل قال الفقهاء ـ في مثل حمل متاع الغير ونقله إلى مكان آخر ـ : إنّ الغاصب ضامن لنقله إلى مكانه الأوّل لو أراده المالك فيه ولو لم تتغيّر قيمة المتاع في المكانين ، فضمان ما يتغيّر من خصوصيات المال المطلوبة عقلائياً ولو لم تكن مؤثرة في المالية بالتصرّف أو بالأمر مطابق مع الارتكاز العقلائي .

نعم ، يبقى هنا لمالك اللحم الحق في إبقاء المشوي لنفسه ؛ لأنّ تملّك الآمر له إنّما كان من باب الضمان للوصف المطلوب ، لا المبادلة والتمليك الفعلي . وهذا هو

الذي يفسّر لنا وجه بقاء الاختيار بيد الصانع ما لم يعط العين المصنوعة للمستصنع أن يعطيه لغيره أو يأخذه لنفسه ما لم يلزم منه إضرار على المستصنع وانتظاره ، وإلّا أمكن أن يقال بضمانه له من باب التغرير في نفس الوقت الذي لو كان من أجله وأعطاه له كان المستصنع ضامناً لقيمته ، فلا يمكنه التخلّف بعد الصنع وإعداده له ، لأنّه يكون من إتلاف العمل والمادة عمّا كان غرض المالك عليه بأمره على وجه ضمان المادة والعمل معاً .

إشكال وردّ :

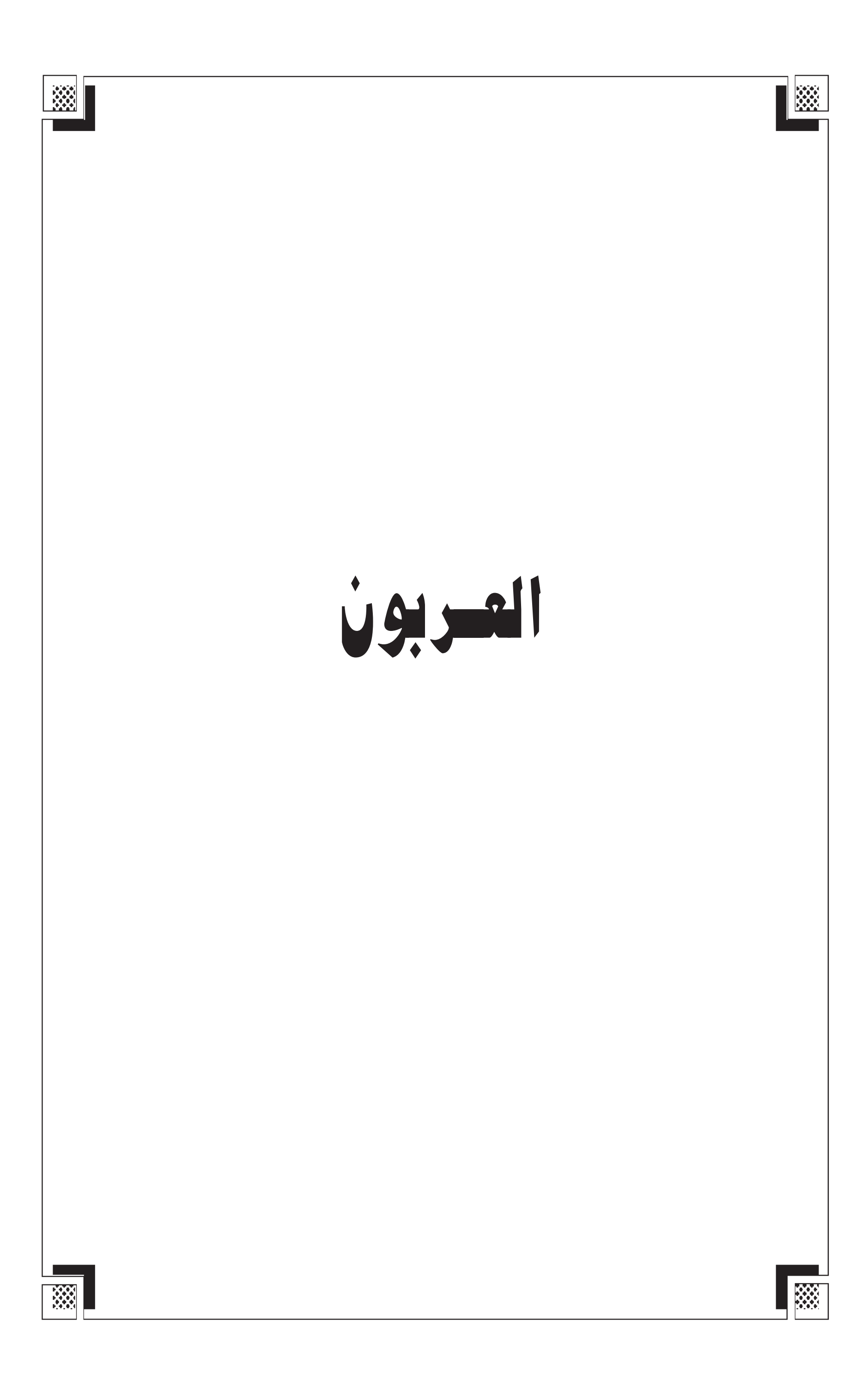
لا يقال : لو سلّمنا هذه التوسعة مع ذلك لا يمكن تفسير كل المرتكزات العرفية في باب الاستصناع ، فإنّ لازم ما ذكر أنّه لو صنعه الصانع على وجه الضمان أصبح المصنوع ملكاً للمستصنع وأصبحت ذمّته مشغولة بقيمته للصانع ، فلو تلف قبل إيصاله إلى المستصنع بلا تعدٍّ وتفريط كان من مال المستصنع ، مع أنّ المرتكز العرفي أنّه من مال الصانع ، بخلاف ما إذا كان من باب المعاملة كالبيع أو الإجارة حيث يكون عدم التسليم موجباً للانفساخ .

فإنّه يقال : يمكن تفسير عدم ضمان المستصنع في المقام على أساس أنّ الأمر كان مقيّداً من أول الأمر بصنعه وتسليمه له ، فإذا لم يسلّمه له ولو لتلفه عنده لم يكن وجه للضمان .

والإنصاف : أنّ التخريج المذكور ممّا لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّ ضمان الأمر لا يكون أكثر من ضمان ما أتلف وأهدر بالأمر من المال أو العمل المصبوب خارجاً ، ولا يتضمن بوجه من الوجوه ضمان الأعيان الموجودة غير التالفة وإن حصل تغيير في أوصافها المطلوبة ما لم يكن بحيث يعدّ عرفاً إتلافاً للمال الأوّل ، وفي مثال الأمر بطبخ اللحم لا نقبل أكثر من ضمان عمل الشوي بعد فرض تملّك المادة وهو اللحم من قبل المشتري أوّلاً ولو بالمعاطاة والمراضاة ، فيكون من ضمان العمل بالأمر بعد تملّك العين والمادة مسبقاً بناقل آخر .

وهذا يعني أنّ المادة المصنوعة تبقى في المقام ملكاً للصانع ما لم يتسبّب إلى تمليكها للمستصنع بعقد ناقل كالبيع ونحوه، ولا يكفي مجرّد الأمر بصنعها له لتمليكها.

نعم، يمكن قبول أنّ الأمر بالصنع قد يوجب ضمان قيمة عمل الصانع؛ لأنّ عمله ولو صبّ في ماله إلّا أنّه كان بأمر المستصنع على وجه الضمان لقيمته كما إذا أمره أن يخيط ثوب شخص ثالث على وجه الضمان. وهذا يعني أنّ الاستصناع لا يمكن تخريجه على أساس ضمان الأمر بلا عقد في البين. كما انّه لا يرجع إلى عقد مستقل، بل إمّا أن يرجع إلى بيع السلم بشروطه وأحكامه أو إلى التجميع بين عقدين: شراء للمادة للمستصنع من قبل الصانع ثمّ استئجاره لصنعه من قبل المستصنع والذي لا بحث في جواز ذلك بلا تداخل أو تردّد بين البيع والايجار.



العربون

العـربون

قد تعورف في أزمنتنا أن يتفق الطرفان على البيع أو الايجار ولكن بنحو التواعد والاقرار الابتدائي لا النهائي ليبتّان في ذلك فيما بـعد . وقـد يـدفع المسـتأجر أو المشتري ضمن هذا القرار الابتدائي مقداراً من المال يسمّىٰ بالعربون [١] ، فما هو حكم هذا القرار المعاملي ؟ وهل هو مجرد وعد ابتدائي غير ملزم أو إنشاء للايجار والعربون جزء من الأُجرة أو هو عقد آخر مستقلّ ؟

ولتوضيح حكم هذه المسألة المبتلىٰ بها كثيراً ينبغي البحث في جهتين :

الأُولى : في حكم التوافق على البيع أو الايجار ، وأنّه هل يكون ملزماً أم لا ؟

الثانية : في حكم العربون المعطىٰ وكيفية تخريجه .

الجهة الأُولى ـ في حكم التوافق على البيع أو الايجار :

فقد جاء في الفقه الوضعي [٢] أنَّ التوافق على البيع أو الايجار فـي المسـتقبل بنفسه عقد والتزام ، فاذا كان من الطرفين كان ملزماً لهما ـ وقد سمّاه الفقه الوضعي بالاتفاق الابتدائي ـ واذا كان من أحد الطرفين بأنّ التزم أن لا يبيعه إلى رأس الشهر مثلاً من أجله كان ملزماً لذلك الطرف ـ وقد سمّاه بالوعد بالتعاقد ـ فـاعتبر ذلك عقداً صحيحاً يترتب عليه الآثار ، إلّا أنَّ الأثر ليس هو حصول الحق العيني والنقل

---

(١) انظر : النهاية ٣ : ٢٠٢ (مادة : عرب) . القاموس المحيط ١ : ١٠٣ .

(٢) راجع : الوسيط على شرح القانون المدني ٤ : ٥٥ ، وكذلك ١ : ٢٤٩ .

والانتقال في المال ، بل أثره لزوم الوفاء بما التزم به ، وهو إجراء البيع أو الايجار في المستقبل ، ولهذا يمكن إجباره على ذلك لو امتنع ، ومن هنا تجري فيه شروط صحّة العقد والالتزام من الاهلية والتراضي وفقدان عيوب الارادة وغير ذلك من الشروط العامة لانعقاد العقود أو صحتها .

بل يظهر من كلمات بعض الباحثين للفقه الوضعي أنَّ العقد المذكور بنفسه يصبح عقداً نهائياً بمجرد حلول موعد الاتفاق على العقد النهائي ـ في مورد الاتفاق الابتدائي الملزم للطرفين ـ أو ظهور الرغبة والتصرف الخارجي من الموعود له ـ في الوعد بالعقد الملزم لطرف واحد ـ بلا حاجة الى تجديد العقد والتراضي من جديد .

والصحيح أنْ يقال :

تارة : يفترض تحقق الاتفاق العقدي على البيع أو الايجار من أوّل الأمر ، ولكن يجعل لكل واحد من الطرفين أو أحدهما حق عدم التسليم وحق الفسخ إلى زمان معين كزمان الاثبات الرسمي للعقد أو غيره ، وهذا لا إشكال في صحته ونفوذه ، إلّا أن هذا يؤدي إلى أن يكون حصول عقد الايجار أو البيع من حين الاتفاق الأوّل ، فيتحقق النقل والانتقال وتترتب الحقوق العينية كلها من حينه ، كما انّه لابدَّ من توفر تمام شروط الصحّة اللازمة في ذلك ، وإذا فسخ يكون الفسخ من حينه لا من حين العقد .

وأُخرى : يفترض أن عقد البيع أو الايجار بعد لم يتحقّق ، فان كان مجرد وعد أو قول ابتدائي بالبيع أو الايجار من دون التزام وتبانٍ على ذلك أصلاً فهذا لا شك في عدم كونه عقداً ولا ملزماً ؛ إذ لا دليل عليه ، بل ذكر الفقهاء الاجماع على عدم لزوم الوعد الابتدائي ـ والوعد مجرد القصد والميل ولو أُبرز من دون إنشاء التزام وتعهد ـ وإن كان التوافق على البيع أو الايجار في المستقبل ، بأن التزما معاً بأن يبيع أو يؤجر الدار منه في ذلك الوقت وتبانيا على ذلك ، فهذا لا شك في أنّه نحو قرار وتعهد أي التزام وإنشاء وتحمل للمسؤولية مع التوافق عليه .

وهذا يتصور تارة : بأن يلتزم ويتعهد بالملكية ـ أي التمليك ـ من الآن في ذلك الوقت ، فهذا في البيع عقد تعليقي باطل ، بخلاف الاجارة كما تقدّم . وأُخرى : بأن يلتزم بأن يبيع أو يؤجر منه في الوقت المقرر ، وهذا هو محل البحث .

ولا ينبغي الاشكال في الفرق بين هذه الحالة ومجرد الوعد والقول الابتدائي ؛ إذ ليس الوعد والقول تعهداً والتزاماً ، بل مجرد بيان وإظهار أنّه سوف يفعل ، ولو فرض أنَّ الوعد أعم من ذلك بحيث يشمل موارد القول مع الالتزام والتعهد مع ذلك نقول : إنَّ الدليل على عدم لزومه دليل لبيّ قدره المتيقّن ما إذا لم يكن تبانٍ من الطرفين على نحو الالتزام والتعهد ، فلا يمكن التمسك بالاجماع لاثبات بطلان مثل هذا القرار والتعهد المتفق عليه .

فلابدّ من البحث عمّا يمكن أن يكون دليلاً على نفوذ هذا التعهد كما يراه الفقه الوضعي فاذا ثبت وتم دليل على ذلك ثبت وجوب الوفاء به ، فيجب تكليفاً ، ولو امتنع كان للحاكم إجباره على البيع وإلّا باع من قبله لانه ولي الممتنع ، نعم لا يتحقق البيع من دون إنشاء عقد منه ولا من الحاكم ، فلا تترتب الحقوق العينية من النقل والانتقال .

وما يمكن أن يستدل به على ذلك أحد وجوه :

الوجه الأوّل : التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » [١] لأنَّ الشرط هو الالتزام .

ويلاحظ عليه :

أوّلاً ـ انَّ الشرط ظاهر في مايكون تحقق الشيء منوطاً به ، ومن هنا يكون ظاهره الشروط والالتزامات في ضمن العقود الصحيحة والتي يناط بها الالتزام العقدي ، فلا يمكن أن تثبت به صحة نفس الالتزام العقدي ، ولعل هذا هو منشأ

---

(١) انظر : الوسائل ١٥ : ٣٠ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

ماashتهر بينهم من ان هذه القاعدة خاصة بالشروط الضمنية ولا تشمل الشروط الابتدائية ، وفي المقام الالتزام المذكور بنفسه قرار والتزام يشك في صحته ونفوذه ، لا أنّه شرط في ضمن عقد صحيح .

وثانياً ـ أنّ لسان هذه الروايات وسياقها سياق إثبات لزوم الوفاء بالشروط المفروغ في المرحلة السابقة عن صحتها ومشروعيتها ، فلا يمكن أن يستفاد منها أصل المشروعية والصحة .

الوجه الثاني : التمسك بعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ [١] لإثبات صحة مثل هذا التعهد ولزومه ، باعتبار أن العقد هو التعهد والالتزام المبرم كما يذكره اللغويون [٢] ، ويشهد عليه ما جاء في رواية ابن سنان المفسرة للآية بالعهود [٣] ، فتشمل الآية كل تعاهد والتزام مبرم ومتفق عليه بين الطرفين ، سواء كان متعلقه التمليك ، أو عملاً من الأعمال ومنها الايجار أو البيع منه دون غيره ، فيجب الوفاء به ويمكن اجباره عليه .

نعم هذا وحده لا يكفي لتحقّق الانتقال والملكية للعوضين ، بل لابدَّ من إنشاء عقد البيع أو الايجار بينهما ليتحقق ذلك ، فما لم ينشأ ذلك لا انتقال في الملكية ولا ينشأ أي حق عيني . ويمكن للحاكم إجباره أو إجراء العقد عنه اذا امتنع ، كما تقدم .

ويلاحظ عليه :

انّ هذا الوجه إنّما يتم لو كان العقد بمعنى مطلق الالتزام ، وليس كذلك ، والرواية المذكورة ـ مضافاً إلى ضعفها سنداً ـ ظاهرة في إرادة العهود بمعنىٰ المواثيق

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) راجع : لسان العرب ٩ : ٣٠٩ ، (مادة : عقد) .

(٣) الوسائل ١٢ : ٢٠٦ ، ب ٢٥ من النذر والعهد ، ح ٣ .

والالتزامات الثابتة على الانسان والتي تشمل أحكام الله سبحانه وتعالى وهذا معنى أوسع من المنشأ المعاملي ويوجب عدم إمكان الاستدلال بالآية على الصحة والنفوذ أصلاً بل تكون على وزان أوفوا بالعهد انّ العهد كان مسؤولاً على ما سيأتي الحديث عنه .

بل العقد هو شدّ شيء بشيء وإبرامه به ، وهذا في الأُمور الاعتبارية الانشائية يكون بشدّ التزام وانشاء بالتزام وانشاء آخر ، وهذا الشدّ بين الانشائين والالتزامين لا يتحقق إلّا إذا كان المنشأ والملتزم به له نحو وجود وتحقق اعتباري انشائي ، أي يكون حقّاً من الحقوق العينية أو الشخصية ، وأمّا مجرد الالتزام بعمل من دون إنشاء علقة وحق في البين لا يكون عقداً وإن كان في قبال التزام الآخر وبنحو التوافق . وقد تقدّم بيان ذلك في بحث الاستصناع أيضاً .

ولعلّ السر في ذلك أن عنوان العقد ليس دالّاً بنفسه على التعهد والالتزام ، وإنّما استفيد ذلك من الأمر بالوفاء ، فحيث وجب الوفاء بالعقد كان عهداً على الانسان ملزماً به ، واما العقد فيدل على حيثية العقدية والمعقودية ، وهي في الأُمور المعنوية غير الحسية ـ أعني باب المعاملات ـ إنّما تكون بلحاظ الحقوق المنشأة والملتزم بها ضمن العقود ، لأنّها التي تربط بين الطرفين وليس مجرد تعلق الالتزام والتعهد بفعل أو عمل للآخر عقداً ، وعلى هذا الأساس لو لم يكن الالتزام متضمناً لذلك فلا يصدق عليه العقد ، وفي المقام مجرد الالتزام بالبيع أو الايجار منه ما لم يتضمّن إنشاء علقة بين الطرفين وحقّاً في البين لا يكون عقداً .

نعم ، قد يفرض حصول حق في نفس العين بلحاظ بيعه أو إجارته ، نظير حق السرقفلية ـ بناءً على تخريجها على هذا الأساس ـ فيبيعه المالك هذا الحق فيكون عقداً بل بيعاً ، الّا انَّ متعلقه ليس نفس العين بل حق تولية بيعه أو إيجاره وهو من الحقوق والاعتبارات التي يكون نقلها عقداً بل بيعاً ، وليس مجرد التزام بفعل أو ترك ، فلو أراد المالك أن يعطي للمستأجر أو المشتري الحق المذكور في قبال بدل

يدفع له صح وكان ملزماً ، ونتيجته أنّ المالك لا يحق له البيع أو الايجار ، بل ذلك للمشتري وإن كانت الرقبة للمالك ، ومن هنا تكون له الأُجرة أو الثمن المتفق عليه .

إلّا أنَّ هذا هو السرقفلية التي قد يأتي الحديث عنها في مجال آخر ، وليس المراد بالوعد بالايجار أو البيع أو الاتفاق الابتدائي ذلك جزماً .

نعم لو تصوّرنا في المقام ملكية نفس عمل البيع أو الايجار أو قل ملكية حق البيع والايجار امكن ان يقال بصدق العقد في المقام ، حيث يكون تمليكاً للالتزام فيملك المتعهد له التزام المالك أن يؤجر أو يبيع منه ، وتكون نتيجته أنّه لا يصح بيعه من غيره .

إلّا ان هذا التخريج غير تام أيضاً ؛ إذ لو أُريد تمليك حق التصرف والسلطنة الثابتة للمالك على ماله بحيث يصبح مسلوب السلطنة عليه فهذه السلطنة والحق حكم شرعي قانوني لا معنىٰ لنقله الى الغير ، وأدلّة صحّة العقود ليست مشرّعة لمضمون لم يثبت شرعيته في نفسه ، كما إذا شك في أصل صلاحية الكافر لتملك المصحف أو العبد المسلم ، أو شكّ في أصل قابليته حقّ للنقل والانتقال فانّه لا يمكن إثبات صحّة ذلك بعمومات ﴿ **أوفوا بالعقُود** ﴾ وإن أُريد تمليك عمل البيع والايجار منه كتمليك الخياطة بالاجارة مثلاً فهذا مضافاً الى انّه لا مالية ولا منفعة لمثل هذه الأعمال القانونية مستقلاً ، فلا يصح قياسها على الاعمال الحقيقية كالخياطة والكتابة ، ولا يصح تمليكها بناءً على اشتراط ذلك في العقود ، انه لا يمنع عن صحته لو باعه من غيره وإنّما غايته انّه يملك عليه أن يبيعه منه .

الوجه الثالث : التمسك بمثل قوله تعالى : ﴿ **وأوفوا بالعهد إنَّ العهدَ كانَ مسؤولاً** ﴾ [١] . والاستدلال به مبني على أن يراد باللام فيه الجنس لا العهد ، أي عهد الله سبحانه .

(١) الاسراء : ٣٤ .

ويلاحظ عليه :

انّ سياق الآية وذيلها قـرينتان عـلى إرادة الثـاني لا الأوّل ، فـإنّ المـراد مـن السؤال هو السؤال يوم القيامة ، وعندئذٍ لايكون المراد من العهد المعنى المذكور ، لوضوح انَّ المراد بعهد الله أحكامه وتكاليفه بل ظاهر عنوان العهد هو الالزامـات الثابتة قانوناً لا الالتزامات الشخصية فليست الآية بصدد تـنفيذ كـل الزام يـجعله الشخص على نفسه ، وعندئذٍ لا يكون الأمر بالوفاء الاّ ارشاداً الى حكـم العـقل بلزوم الطاعة لما هو ملزم به في المرتبة السابقة شرعاً لا الحكم المولوي باللزوم ووجوب الوفاء ، فانه ايضاً حكم شرعي كالاحكام الشرعية الاخرى المعبر عـنها بعهد الله .

هذا مضافاً إلى أن الاستدلال بهاتين الآيتين مبني على إمكان استفادة الصـحّة منهما لا مجرد لزوم العقد والعهد بمعنىٰ وجوب الوفاء به وعدم إمكان فسخه بعد الفراغ عن صحته وإلّا يكون التمسك بهما لاثبات الصحة من التمسك بـالعام فـي الشبهة المصداقية .

وهكذا يتضح : انّه لا يمكن الجزم بلزوم مثل هذه التعهدات والالتزامـات وإن صدرت بين اثنين وبنحو التباني والاتفاق عليها ، وعليه لا يمكن تصحيح الوعـد بالبيع أو الايجار بعنوان عقد مسـتقل لازم عـلى الواعـد ، كـما ذهب إليـه الفـقه الوضعي .

الوجه الرابع : انّه قد يستدل على عدم اللـزوم ـ وبـالتالي بـطلان العـربون ـ بروايـات بـيع العـينة ومـا يشـابهها ، كـموثقة مـعاوية بـن عـمار ، قـال : قـلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب « مني » بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه وأُقاوله في الربح والأجـل حـتى نـجتمع عـلى شـيء . ثـم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليـه ، فـقال : « أرأيت اِنْ وجـد بـيعاً هـو أحب إليـه

ممّا عندك أيستطيع أنْ ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ » قلت : نعم ، قال : « فلا بأس » (١) .

وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسية ، فابتاعه الرجل من أجله ، قال : « ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه » (٢) .

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العينة فقلت : يأتيني الرجل فيقول : اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فاراوضه على الشيء من الربح فنتراضى به ، ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أرده ، ثم آتيه به فأبيعه ، فقال : « ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل اَنْ تبيعه إيّاه كان من مالك ، وهذا عليك بالخيار إنْ شاء اشتراه منك بعد ما تأتيه ، وإن شاء ردّه فلست أرى به بأساً » (٣) .

ورواية يحيىٰ بن الحجاج عن خالد بن الحجاج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول : اشتر هذا الثوب ، واربحك كذا وكذا ، قال : « أليس إن شاء ترك ، وإن شاء أخذ ؟ » قلت : بلى قال : « لا بأس به إنّما يحلّ الكلام ، ويحرم الكلام » (٤) .

حيث يقال : إنَّ مفادها عدم صحة الإلزام والالتزام بالبيع في المستقبل ، فيشمل باطلاقه التعهد بالبيع أو الايجار إذا اريد أن يكون ذلك ملزماً وإن لم يكن قد باع من أوّل الأمر .

---

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

(٢) المصدر السابق : ح ٨ .

(٣) المصدر السابق : ح ٩ .

(٤) المصدر السابق : ح ٤ .

ويلاحظ عليه :

انَّ الجهة المنظور إليها في هذه الروايات إنّما هي البيع لما لا يملكه وايجابه قبل الشراء ، أو بيع شيء نسيئة بأكثر بعد شرائه بأقل نقداً ، ويجعل ذلك بنحو بـحيث يكون للمشتري نسيئةً من أوّل الأمر ، أي بمجرد شرائه بالنقد بـحيث لا يـتحمل صاحب النقد الخسارة ولكن يربح التفاوت الذي فيه شـبهة الربـا أو ربـح مـا لم يضمن ، وهذا ما لا يرضى به الشارع .

وكلّ هذه الأُمور أجنبية عن محل البحث ، والذي يكون فيه التعهد من المالك بأنْ لا يبيع أو يؤجر ماله إلّا منه من دون وجود بيعين مـن شـخصين ، أي لا يـوجد أشخاص ثلاثة بل هما البايع والمشتري ، ولا ربح بازاء الاجل والنسيئة ، فلا يمكن افتراض أنَّ مفاد هذه الروايات بطلان الالتزام والتعهد بالبيع فيما بـعد بـين البـايع والمشتري بنحو يكون ملزماً عليهما من أوّل الأمر كما ان الالتزام بالبيع والنقل منه عمل يملكه بالفعل وليس كالمال الذي لا يملكه بعد .

فالحاصل : ليس مفاد هذه الروايات بوجه من الوجوه أنّه لا يمكن للانسان أن يلزم نفسه ببيع شيء في المستقبل من خلال ملزم كالعقد أو الشرط في ضمن عقد ، وإنّما تمام النظر فيها الى احدى النكات المذكورة في بيع ما لا يملكه قبل تملكه بأكثر نسيئةً ، ومن هنا كان الوارد فيها ألّا يكون المشتري ملزماً بالشراء بذلك الثمن الأكثر المتفق عليه في بداية الأمر ، لا ألّا يكون البائع ملزماً بالبيع ، بخلاف المقام الذي يكون فيه البائع ملزماً بالبيع منه في قبال ما أخذه من العربون ، فالروايـات المذكورة أجنبية عن هذا البحث بالمرّة .

هذا كله مضافاً إلى أنَّ هذه الروايات واردة في خصوص البيع ، ولا يمكن التعدي منه الى الوعد بالايجار أو غيره من التعهدات لو فرض تمامية المقتضي لنفوذها .

فالأصح في المنع عن لزوم مثل هذه التعهدات هو المنع عن عـموم المـقتضي كما عرفت .

الجهة الثانية ـ في حكم العربون :

انّه لا إشكال في صحّة أخذ العربون إذا كان لمجرد أنّه مقدار من الثمن أو الأُجرة يقدم للمالك لإلزام العقد من دون ان يكون هناك خسارة على تقدير الفسخ . وكذلك الحال لو فرضنا انَّ العربون ثمن في قبال تمليك المالك التزامه بعدم الايجار أو البيع من غيره ، بناءً على كونه عقداً تاماً ، فلا يكون جزءاً من الثمن أو الاجرة عندئذٍ ، بل يكون في قبال نفس تمليك التعهد والالتزام ، إذ انّه عقد مستقل قد يقع مـجاناً وقد يقع في قبال عوض ، سواء اشترى أو استأجر بعد ذلك أم لا ، وأثره انّه لو لم يف بالتزامه كان له استرجاع ذلك .

وإنّما الكلام في حالة ثالثة هي المتعارفة خارجاً ، وهي أنَّ العربون يدفع ليكون قسطاً من الثمن أو الاجرة على تقدير تمامية الاتفاق ، ويكون بدلاً عن الفسخ إذا أراد صاحبه أن يتخلف فلا يشتري أو لا يؤجر ، كما أنَّ المالك إذا رجع عن قراره لابدَّ وان يرجع العربون مع خسارة مقداره للمشتري ، فهل يجوز أخذ العربون على هذا الوجه أم لا ؟

ويمكن أن يستدل على عدم الجواز بوجوه :

الوجه الأوّل : أنّه أكل للمال بالباطل ، فيشمله النهي الدال على بطلان تملكه ؛ كما في قوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ** ﴾ [١] إذ المراد بالباطل كل تملك وأخذ للمال من دون مابازاء ومقابل مع عدم كونه تمليكاً مجانياً من قبل مالكه ، ولهذا طبق عنوان الباطل في الروايات عـلى السرقة والقمار والربا ، فإنّ الأخذ في كل ذلك يكون أخذاً بالباطل ، لأنه بلا إذن وتمليك من المالك مجاناً ، ولا في قبال عوض ليكون تجارة . وفي المـقام إذا لم يتحقق الاتفاق ولم يتم العقد كان أكل العربون بلا ما بازاء ، والمفروض انه لم يكن

---

(١) النساء : ٢٩ .

تمليكاً مجاناً ، بل بعنوان جزء من الثمن أو الأجر ، فيكون أكلاً للمال بالباطل .

ويلاحظ عليه :

أنَّ الباطل في الآية إمّا أن يراد به الباطل العرفي ـ كما إذا فرض الاستثناء منقطعاً ـ أو يراد به الباطل الشرعي ـ كما إذا فرض الاستثناء متصلاً ـ والمراد لا تأكـلوا أموالكم بينكم بأي سبب من الأسباب غير التجارة عن تراض لأنّه باطل . وعلى كلا التقديرين لا يصح الاستدلال بها في المقام ، وذلك :

امّا على الأوّل ، فلمنع صدق الباطل العرفي ، لأنّ المال ـ أي العربون ـ مبذول عرفاً في قبال الجامع بين جزء من المبيع أو المنفعة المستأجرة أو ماقام به المالك من الامتناع عن بيع ماله أو ايجاره والذي قد يكلفه خسارة ، فان هذا الامتناع حين لاينتهي الى بيع العين أو ايجارها يكون مضموناً عرفاً على الطرف الآخر المتعهد بالشراء أو الايجار حينما يتخلف ، هذا اذا كان دفع العربون عند التواعد بالبيع أو الايجار بناءً على صحته ولزومه . واما إذا كان قد تحقق عقد البيع أو الايجار من أوّل الأمر ، فيكون العربون مدفوعاً في قبال حق الفسخ إلى حين ثبت المعاملة مثلاً أو تسليم العين ، بمعنى انَّ كلّاً من المتعاملين له الحق في أن يشتري التزامه بالعقد الذي أعطاه للآخر ـ وهو معنى اللزوم الحقي في العقود اللازمة ـ بالعربون ، أي في قبال إقالته . وهذا نظير إسقاط حق الخيار أو الشفعة في قبال العوض ، إذ يكون له مالية عرفاً ، فلا يكون من أكل المال بالباطل .

وامّا على الثاني ، فلأنَّ التجارة عن تراض لا يراد بها خصوص المـبادلة بـين مالين ، بل يعم دفع العوض في قبال حق ايضاً ، وإلّا لزم بطلان دفع المال في قبال إسقاط حق الخيار أو الشفعة أو غير ذلك عن تراض ، وهو كـما تـرى . عـلى ان التقدير الثاني خلاف الظاهر في الآية على ما هو مبحوث في محله من كتاب البيع .

وبما ذكرناه ظهر أنَّ قياس المقام بالمقامرة والربا والسرقة مما هو من أكل المال بالباطل قياس مع الفارق .

الوجه الثاني : التمسك برواية وهب (أبي البختري) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لا يجوز بيع العربون إلّا أن يكون نقداً من الثمن »[١] .

فانَّ ظاهرها النهي عن أخذ العربون إلّا بعنوان أنّه نقد من الثمن ، أي دفع مقدار من الثمن ، فلا يجوز أخذه بعنوان الغرامة والخسارة على تقدير التخلف أو الفسخ ، نعم يجوز إن كان بعنوان الثمن .

ويلاحظ عليه :

انّ هذه الرواية ـ مضافاً الى أنها غير تامة سنداً ، لأنّ أبي البختري مطعون فيه[٢] ـ لا تدل على أكثر من عدم جواز أخذ العربون كشيء مستقل عن الثمن ولا تدل على بطلان كونه شرطاً لحق الفسخ فانه بناءً عليه أيضاً يكون جزءاً من الثمن غاية الأمر هناك شرط آخر إذا أراد الفسخ وهو أن يملكه الجزء من الثمن فالرواية لا تنفي هذا الاحتمال وإنّما تنفي كون العربون عقداً مستقلاً .

الوجه الثالث : التمسك بصحيح الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم ردّه على صاحبه ، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة ، قال : « لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة ، فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد »[٣] .

بتقريب حاصله : أن ظاهرها عدم حق الفسخ بأخذ شيء من الثمن ممن يطالب بالفسخ ، وهي وإن كانت واردة في الإقالة إلّا أنَّ العرف بمناسبات الحكم والموضوع يستفيد منها نكتة كلية ، وهي عدم جواز أخذ شيء من المال في باب

---

(١) الوسائل ١٢ : ٤٠٥ ، ب ٢٨ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) راجع : معجم رجال الحديث ٢٠ : ٢٣١ ، ط ـ الخامسة .

(٣) الوسائل ١٢ : ٣٩٢ ، ب ١٧ من أحكام العقود ، ح ١ .

المعاوضات مجاناً وبلا مابازاء ، سواء كان ذلك بنحو الإقالة بوضيعة أو بنحو شرط حق الفسخ بوضيعة من أوّل الأمر .

ويلاحظ عليه :

انّه كما يحتمل أن تكون نكتة هذا الحكم ماذكر ، يحتمل أن يكون ملاك الحكم بالبطلان عدم تحقق الإقالة في نفسها مع الوضيعة ، للزوم التهافت والتناقض ؛ إذ الاقالة تقتضي فسخ العقد السابق وهو يقتضي رجوع الثمن بتمامه الى المشتري ، فاشتراط الوضيعة خلاف مقتضى الاقالة ، فيكون كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، ولهذا لا إشكال في جواز بيعه عليه ثانية بأقل ـ وقد دلت على ذلك روايات في ابواب مختلفة ـ بل ذيل الرواية يناسب ما ذكرناه ، حيث إنَّ الامام عليه السلام لم يحكم بحرمة أخذ الوضيعة من قبل مالك الثوب ، وإنّما حكم ببطلان الاقالة حيث إنّه أمر بأن يرجع إليه تمام ما زاد على الثمن في بيعه الثاني ، مع أنّه لو كان النظر إلى بطلان أخذ الوضيعة لكونه أكلاً بالباطل كان المناسب أن يكون النظر إلى أخذه للوضيعة وتحريمها على البائع .

ومن الواضح أنَّ هذه النكتة غير جارية في المقام إلّا إذا أُريد اشتراط حق الفسخ بوضيعة من الثمن الذي يكون مخالفاً ومناقضاً مع مقتضى الفسخ ، أمّا إذا كان مقدار العربون يدفع ثمناً لحق الفسخ أو عوضاً في التعهد والتواعد الأول بازاء الجامع بين جزء من المبيع أو الامتناع عن بيعه فلا تنطبق عليه النكتة المذكورة للبطلان .

وقد يقال : إنَّ عنوان الوضيعة في الرواية وإن كان ظاهراً بحسب اللفظ في بذل شيء من الثمن ، إلّا أنَّ العرف لايفرق بين بذل جزء من الثمن بازاء حق الفسخ أو الاقالة أو بذل مال آخر بمقداره ثم استرجاع تمام الثمن ، فيكون مفاد الرواية مطلباً كلياً هو عدم صحة أخذ شيء من المال بازاء فسخ العقد ، وإن بذل مال بازائه يكون من أكل المال بالباطل ، سواء كان بنحو الاقالة أو بنحو الشرط ، وسواء كان المال جزءً من الثمن أو مالاً آخر .

ويلاحظ على ذلك أيضاً :

أوّلاً : أنَّ هذا الاستظهار القائم على أساس مناسبات الحكم والموضوع العرفية إنّما يكون له وجه فيما إذا كان ظاهر الحديث النظر إلى حرمة أخذ الوضيعة ، لا ما إذا كان ظاهره النظر الى بطلان إنشاء الاقالة وأنّها لا تتحقق إلّا برجوع كل من العوضين إلى صاحبه ، فإنّ هذه نكتة في نفس إنشاء الاقالة وشروط صحتها من دون دخل لما يترتب على ذلك من ربح أو خسارة لأحد الطرفين في نكتة المنع ، وكون هذه النكتة مربوطة بحيثية الإنشاء والسبب لا تمليك المال يفهمها العرف أيضاً ، فلا يتعدّىٰ من موردها إلى ما لا يكون فيه ذلك ، كما إذا بذل بازاء الإقالة مالاً آخر .

وهذه فذلكة مهمة لابدَّ وأن يلتفت إليها في الموارد التي يراد التعدي فيها عن مورد الدليل ، فانه إذا كان المنع في المورد مربوطاً بخصوصيات في السبب الناقل والإنشاء فلا يمكن التعدي إلى ما لا يوجد فيه المحذور من الأسباب والنواقل ، بخلاف ما اذا كان المنع مربوطاً بالنتيجة وهو التملك للمال واكتسابه بلا ما بازاء ـ كما في تحريم الربا ـ أو بلا رضا المالك ـ كما في اكل المال بالباطل ـ فانه قد يمكن التعدي منه إلى مورد سائر المعاملات التي لم يرد فيها الدليل على أساس إعمال مناسبات الحكم والموضوع .

ومن هنا نجد انَّ المشهور قد أفتوا بجواز أخذ مال آخر بنحو الجعالة أو الشرط في قبال الاقالة ، وانما خصصّوا المنع بما إذا كانت الاقالة بوضيعة أو زيادة في الثمن أو المثمن والذي يكون مناقضاً مع معنى الاقالة ومفهومها . كما انهم فهموا النكتة التي أشرنا إليها من الصحيحة ، ولذا حكموا بعدم صحّة الاقالة مع شرط الوضيعة ، سواء كان من الثمن أو شرط الزيادة في المثمن رغم انَّ الصحيحة واردة في الوضيعة من الثمن .

وثانياً : لو تنزلنا عمّا ذكرناه فغاية ماتفيده الصحيحة بطلان أخذ المال بازاء

الإقالة والفسخ ولو بنحو الاشتراط من أوّل الأمر ، وأمّا إذا كان العربون بازاء التعهد بالانتظار والامتناع عن البيع أو الايجار من غيره الى المدة المعينة والذي تكون له مالية عرفاً ويكون مضموناً على المتعهد اذا لم يقدم في الوقت المقرر على البيع أو الايجار فلا يكون مثل هذا مشمولاً للصحيحة جزماً ، لا بالاطلاق اللفظي كما هو واضح ولا بإلغاء الخصوصية والتعدّي العرفي ، لأنّ العرف يرى نوع خسارة للمالك فيما إذا تخلّف المتعهد له ، بل يرى أنَّ التعهد والامتناع المـذكور له قـيمة ومـالية تستوفىٰ بالجامع بين تنفيذ البيع أو دفع العربون .

وأوضح من ذلك في عدم الالحاق ما إذا كان تخريج العربون على أساس بـيع جديد بثمن أقل أي بالثمن السابق ناقصاً منه العربون .

خلاصة البحث : ونستخلص من مجموع ما تقدّم جـواز أخـذ العـربون عـلى أساس أحد التخريجات التالية :

١ ـ أن يكون عوضاً عن الاقالة ، بأن يجعل ذلك جعلاً أو شرطاً فـي الاقـالة والفسخ ، وهذا يشترط فيه ألّا يكون بعنوان انّه جزءاً من الثمن أو المـثمن لكـي لا يتنافىٰ مع مفهوم الاقالة والفسخ ، كما أنَّ هذا يمكن جعله بنحو الشرط حين العقد بأنْ يشترط المشتري مثلاً على البايع حق الفسخ مع بذل العربون ، فيكون البـايع ملزماً بذلك إذا أراد الفسخ .

٢ ـ أن يكون العربون قبل إجراء عقد البيع أو الايجار حين التواعد بهما ، بأنْ يدفع العربون ليكون جزءاً من الثمن إذا تحقق البيع أو الايجار في وقته المحدّد ، وإلّا يكون بازاء امتناع الآخر عن الإقدام على العقد ، وهذا إن جعلناه معاملة وعقداً لازم الوفاء في نفسه استحق المتعهد بذلك الجامع بين الاقدام على العـقد أو دفـع العربون ، وإلّا أمكن مع ذلك تخريجه على أساس أنَّ امتناع الطرف عـن البـيع أو الايجار بنفسه عمل محترم له مالية عقلائياً ، وقد كان بأمر دافع العـربون فـيكون مضموناً عليه .

وإن شئت قلت : فوّت عليه فرصة إمكان البيع أو الايجار في تلك المدة ، وهو نحو خسارة وضرر عليه عرفاً ، فيكون مضموناً ويكون العربون قيمته .

إلّا أنَّ هذا يتوقف على إمكان تطبيق قاعدة الإتلاف على مثل هذه الحقوق والالتزامات ، وإلّا فليس هناك تلف لعين أو منفعة خارجية .

وعلى هذا التخريج لا مانع أن يقع العربون بنفسه جزءاً من الثمن على تقدير الاقدام على العقد ، كما هو واضح .

٣ ـ أن يكون العربون تخفيضاً لثمن السلعة في بيع جديد ، بأنْ يبيع أو يؤجر عليه المال بعد أن ملكه بأقل من ثمنه . وهذا أيضاً يمكن إلزام المالك به إذا فرض اشتراطه عليه في العقد الأوّل ، ولا محذور فيه ، لأنَّ هذا الشرط من المشتري على البايع لا بالعكس لتأتي فيه شبهة الحرمة الثابتة في روايات العينة ، كما لا يخفىٰ .



بحث حول

حقيقة الإباحة المعوّضة

بحث حول

حقيقة الإباحة المعوّضة

الاباحة المعوّضة أو الإباحة بعوض هي جعل العوض في مقابل الإباحة ، ويقابلها الإباحة المجّانية . ولم يذكر الفقهاء للإباحة المعوّضة تعريفاً محدّداً ، إلّا انّه قد يفهم من خلال كلماتهم أنّ مرادهم منها مطلق الإباحة بعوض ، وهو معنى جامع يمكن أن يندرج تحته أقسام عديدة للإباحة بعوض يأتي شرحها وتوضيح ما ينبغي أن يراد منها .

وقد تعرّض الفقهاء لها بمناسبة البحث عن جملة من العقود الرائجة عرفاً ، والتي يشكل تخريجها على أساس البيع أو الاجارة ونحوهما من العقود المسمّاة ، كبذل مال للحمّامي في قبال الاستفادة من الحمام ، فحاولوا تخريجها على أساس أنّها إباحة معوّضة .

كما تعرّضوا لها أيضاً بمناسبة البحث عمّا نسب إلى المشهور في بحث المعاطاة من إفادتها للإباحة لا الملك ، حيث اختلفوا في كونها إباحة شرعية تعبّدية غير مقصودة للمتعاملين أو إباحة مالكية يقصدها المتعاملان ولو ضمناً . وبحثوا عن أحكام كل واحد منهما ، إلّا انّ جملة من تلك البحوث تبتني على القول بالاإباحة الشرعية لا نتعرّض لها هنا ، وإنّما نتحدث فيما يلي عن الإباحة المعوّضة التي يقصدها المتعاقدان ، فانّها التي ينبغي أن تراد من هذا العنوان . وإن كان قد تطلق

في بحث المعاطاة على الإباحة الشرعية بعوض أيضاً بناءً على تفسير قول المشهور بافادة المعاطاة للإباحة بذلك .

إلّا أنّ هذا مجرد احتمال لم يثبت ارادة المشهور له ولم يقم على صحته دليل ، بل مقتضى العمومات عدم صحته ، ومن هنا فسّر صاحب الجواهر قول المشهور بالإباحة المالكية حيث قال : « فمن أراد إباحة شيء لآخر كان له الاكتفاء في الدلالة عليها بالأفعال مثلاً ، ومن ذلك المعاطاة ويكون المراد هذا مما ذكروه في الإباحة لا أنّها حكم ما قصد به المتعاطيان الملك على جهة البيع »[1] .

أقسام الإباحة المعوّضة :

قسّمت الإباحة المعوّضة في كلمات جملة من الفقهاء إلى أقسام عديدة :

١ ـ فمن ناحية العوض ذكروا أنّ الإباحة قد تكون في قبال إباحة بأن يبيح ماله للآخر في قبال أن يبيح الآخر ماله للأوّل . وقد تكون في مقابل تمليك مال آخر .

ومن ناحية المقابلة تارة يكون المباح في قبال المباح فيكون من المقابلة بين مالين في الاباحة ، وقد تكون الإباحة في قبال الإباحة فتكون المقابلة بين فعلين ، وقد تكون فعلاً من طرف ومالاً من طرف آخر .

ومن ناحية نوع الالتزام والانشاء قد يكون العوض مأخوذاً بنحو العوضية والمقابلة ، وقد يكون بنحو الشرطية .

قال السيد الطباطبائي اليزدي ﷺ في حاشيته على المكاسب في بحث المعاطاة : « وإجمال الأقسام المتصوّرة انّه : إمّا أن تكون المقابلة بين المالين على وجه الملكية .

---

(١) جواهر الكلام ٢٢ : ٢١٧ .

وإمّا أن تكون المقابلة على وجه الإباحة ، فتكون من الإباحة المعوّضة بمعنى جعل المباح في مقابل المباح .

وإمّا أن تكون المقابلة بين الفعلين على وجه التمليك بأن يكون تمليك بازاء تمليك .

وإمّا أن يكون بينهما على وجه الإباحة بأن يكون الاباحة في مقابلة الإباحة .

وإمّا أن يكون أحد المتقابلين مالاً والآخر فعلاً كأن يملّكه العين بعوض تمليكه العين الأُخرى أو إباحتها .

ثمّ مع كون العوض في الطرف الآخر فعلاً سواء كان إباحة أو تمليكاً قد يكون ذلك بعنوان العوضية والمقابلة ، وقد يكون بعنوان الاشتراط نظير الهبة المعوّضة » [1] .

وقسّم بعض الفقهاء الإباحة بعوض إلى أربعة أقسام :

١ً ـ أن تجعل الإباحة عوضاً في المعاملة بأن يبيحه كتابه بازاء أن يملّكه العوض .

٢ً ـ أن تكون الإباحة مشروطة بالتمليك بأن يبيح ماله لزيد على أن يملّكه العوض ، أي يشترط عليه ذلك .

٣ً ـ أن تكون الإباحة معلّقة على التمليك بأن يبيح ماله إذا ملّكه العوض .

٤ً ـ أن يكون التمليك عنواناً للموضوع بأن يقول : أبحت مالي لمن يملّكني العوض [2] .

ولا يخفى أنّ القسمين الأخيرين يرجعان روحاً ولبّاً إلى معنى واحد ؛ فإنّ قيود

---

(١) حاشية المكاسب ١ : ٧٧ .

(٢) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

الموضوع قيود للحكم أيضاً ، فتكون الإباحة معلّقة لا محالة على تمليك العوض ، فالفرق بينهما في الصياغة .

وهذا التقسيم ناظر إلى مرحلة الإنشاء وكيفيّته .

٢ ـ وهناك تقسيم آخر للإباحة من ناحية أُخرى تعرّض لها الفقهاء أيضاً في ثنايا كلماتهم ، وهو تقسيمها من حيث حدود التصرّف المباح ودائرته ؛ فانّها تنقسم إلى : إباحة الانتفاع بدون إتلاف واستهلاك ، وإباحة الانتفاع حتى بنحو الاتلاف كاباحة الطعام للأكل ، وإباحة التمليك صريحاً أو ضمناً بأن يبيح له أن يأخذ المال لنفسه أو يتصرّف فيه التصرّف المتوقّف على الملك كوطء الأمة أو العتق لنفسه .

٣ ـ كما أنّ العوض المجعول في قبال الإباحة تارة يكون عوضاً مسمّىً ، أي أمراً معيّناً يتّفقان عليه ، وأُخرى يكون قيمة المثل بأن يبيح له أكل الطعام على وجه الضمان لقيمته السوقية ، وقد تسمّى هذه بالإباحة المضمونة .

وقد وقع البحث عندهم في صحّة الإباحة بعوض في هذه الأقسام وكونها عقداً أو إيقاعاً وكونها لازمة أو جائزة وجملة من الآثار المترتبة في كل قسم من هذه الأقسام ، على ما سنشير إليها .

هل الإباحة المعوّضة عقد أو إيقاع ؟

١ ـ لا إشكال في أنّ مجرّد الإباحة من قبل المالك ليس عقداً ، بل إيقاع أو إبراز لمجرّد الرضا وطيب النفس بتصرّف الغير في ماله ، وهو كافٍ في جواز التصرّف فيه بمقتضى ما دلّ على جوازه بطيب نفس المالك وإذنه وما دلّ على أنّ الناس مسلّطون على أموالهم .

وهذا كما يشمل الإباحة المجّانية كذلك يصدق في الإباحة على وجه الضمان لقيمته السوقية ـ سواء بالنسبة للمنفعة أو الرقبة ـ لأنّ هذا ليس راجعاً إلى التعاقد والتوافق بينهما ، بل مرجعه إلى أنّ المالك كما له أن يأذن بالتصرّف في ماله مجّاناً كذلك له أن يأذن بالتصرّف فيه على وجه الضمان ، والذي يعني انّه لا يرضى بفوات

مالية ماله ، وإنّما يرضى بفوات عينه مع حفظ ماليته ، فيكون الضمان لماليته بقاعدة احترام مال المسلم وعدم جواز هدره على مالكه بلا إذنه ، وأنّه لو هدره كان ضامناً له على القاعدة .

٢ ـ وأمّا الإباحة في قبال عوض مسمّى يتّفقان عليه فهذا يرجع إلى التعاقد إمّا بلحاظ نفس الإباحة ـ كما إذا جعلها في قبال العوض وهذا ما سنشرحه الآن ـ أو بلحاظ التوافق على مقدار الضمان كما إذا أباحه له على وجه الضمان مع التوافق على مقدار الضمان ، فيكون من هذه الجهة نحو توافق بينهما مشمولاً لعمومات الصحّة ، أو للسيرة العقلائية الممضاة شرعاً ؛ فإنّ الإنسان كما هو مسلّط على بيع عين ماله أو إجارته بعوض مسمّى كذلك هو مسلّط على ماليّة ماله ، فله أن يتّفق مع الضامن له من أوّل الأمر على مقدار الضمان ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك .

٣ ـ وأمّا الإباحة المعلّقة على تمليك مال آخر أو إباحته فلا ينبغي أن يتوهم كونها عقداً ، وإنّما هو إيقاع وإذن مشروط ، بمعنى أنّه معلّق على تقدير وليس مطلقاً ، وتعليق الاذن والايقاع لا يجعله عقداً وإن كان المعلّق عليه تمليك مال ؛ إذ لا يكون فيه أيّ الزام أو التزام من أحد الطرفين ، ولهذا لا يحتاج إلى القبول ، وإنّما تتوقف فعلية الإباحة خارجاً على تحقق شرطه المعلّق عليه ، فمتى تحقق أصبحت الإباحة فعليّة كما إذا علّق المالك إذنه على أيّ شرط آخر .

قال السيد الخوئي في كتاب الاجارة ـ في شرح قول الماتن [= السيد اليزدي] بصحّة إيجار الدار كل شهر بدرهم بعنوان الإباحة بعوض ـ : « فإنّ المالك كما تسوغ له الإباحة المجّانية ، كذلك يمكنه بمقتضى عموم دليل السلطنة تخصيص الإباحة بمن يبذل له عوضاً معيّناً ، فيبيح السكونة في الدار لخصوص من يعطي عن كلّ شهر درهماً مثلاً .

ولكن شيخنا الأُستاذ ﷺ ناقش فيه في الهامش بما لفظه : (إنّ عوضيّة المسمّى تتوقف على عقد معاوضة صحيحة ، وإلّا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً

بالمثل أو القيمة دون المسمّى) » .

ثمّ قال : « وفيه : انّ هذا إنّما يتجه لو أُريد عوضية المسمّى على نحو الملكية بأن يكون الطرف المبيح مالكاً لهذا العوض ومطالباً إيّاه الطرف الآخر على حد مطالبة الملاك أموالهم في باب المعاوضات ؛ فإنّ هذه المالكية لا تكاد تتحقق إلّا بعد افتراض وقوع عقد صحيح كما أفاده ﷺ .

إلّا أنّ الكلام لم يكن في ذلك ، بل في تصحيح هذه المعاملة على وجه يصح للطرف الآخر السكنى منوطاً بدفع المسمّى ، وهذا المقدار لا يتوقف على ما ذكره من فرض العقد الصحيح ، بل يكفي فيه ما عرفته في تفسير الإباحة من أنّ المبيح بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم ربما لا يبيح المنفعة لكلّ أحد أو لهذا الشخص على سبيل الاطلاق ، بل لطائفة خاصّة وهم الذين يبذلون هذا العوض الخاص ، أو لهذا الشخص في تقدير دفع العوض المعيّن وهو عن كلّ شهر درهم بحيث لا يرضى بالتصرف في تقدير عدم دفع هذا المبلغ المعيّن ، بل يكون غاصباً وقتئذٍ وضامناً للقيمة لا محالة » [١] .

٤ ـ وأمّا الإباحة مع اشتراط تمليك العوض على غرار الشروط ضمن العقود ـ وهو القسم الثاني من الأقسام الأربعة المتقدّمة ـ فقد يقال : انّ هذا لا يجعل الإباحة عقداً أيضاً ، وإنّما هي مجرد إباحة أو إذن في التصرّف مع اشتراط شرط على المباح له بدفع العوض ، وهذا شرط ابتدائي لا أثر له .

هذا ولكن يمكن إرجاع الاشتراط المذكور بحسب الحقيقة إلى تقييد الإباحة بالالتزام الشرطي ، فالإباحة وإن لم تكن في مقابل العوض ، إلّا أنّها ليست مطلقة ، بل مقيّدة ومعلّقة على الالتزام بالشرط كما هو الحال في سائر الشروط ضمن العقود ؛ إذ لا يقصد بالضمنية في العقود مجرّد التقارن الزماني أو الظرفية ، وإنّما

(١) مستند العروة الوثقى (الإجارة) : ٧٩ ـ ٨٠ .

المقصود الارتباط وتقييد الانشاء العقدي بالشرط ، ولكن لا بمعنى تقييده بتحقق المشروط ليلزم منه تعليق العقد على تحقق الشرط فيبطل ، بل بمعنى تقييده بالالتزام الشرطي الحاصل حين العقد ، كما أنّ الالتزام بالشرط مقيّد لبّاً وثبوتاً بالإباحة ، فإذا لم تتحقق الإباحة أو رجع عنها المالك فلا التزام بدفع البدل من قبل الآخر ، فالمقام نظير الشروط ضمن العقود أو الايقاعات ، فيكون هذا شرطاً غير ابتدائي مشمولاً لعموم « المسلمون عند شروطهم » ، فيكون نافذاً ، ويجب الوفاء على الطرف الآخر على تقدير الإباحة من الطرف الأوّل . نعم ، لا يكون المبيح ملزَماً بالإباحة ، قال السيد الخوئي ﷺ : « وأمّا الوجه الثاني ، فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فبقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيح ، وإن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليك لوجوب الوفاء بالشرط »[1] ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك لاحقاً .

٥ ـ وأمّا الإباحة في مقابل العوض ـ القسم الأوّل ـ فقد تقدّم تقسيمها في بعض الكلمات إلى أقسام ثلاثة :

١ ـ مقابلة المباح مع العوض ، فيكون من المقابلة بين المالين في الإباحة أو في الإباحة من طرف والملك من طرف آخر .

٢ ـ مقابلة الإباحة مع الإباحة أو التمليك ، فيكون من المقابلة بين الفعلين .

٣ ـ مقابلة المال مع الفعل بأن يكون فعل التمليك أو الإباحة في قبال المال المباح أو المملّك فيكون من مقابلة المال مع الفعل .

وهذا التقسيم إن أُريد منه أنّ المقابلة المأخوذة في إنشاء الإباحة بعوض تارة يكون بأخذها ولحاظها بين المالين ، وأُخرى بلحاظها بين الإباحتين أو الإباحة والملك فهذا صحيح ، إلّا انّه مجرّد اختلاف في الصياغة والانشاء ؛ إذ على

---

(١) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩١ .

كلا التقديرين يكون المنشأ هو الإباحة الفعليّة المقيّدة ، أي لا يكون المنشأ هو الإباحة بلا مقابل ، بل الإباحة المقابلة بعوض سواء لوحظ التقابل بالنحو الأوّل الذي هو من تقييد متعلّق الإباحة بوجود مقابل وعوض له على غرار قيود المتعلّق ، أو بالنحو الثاني الذي هو من تقييد نفس الإباحة على غرار قيود الحكم . وهذا جارٍ في التمليك بعوض أيضاً فانّه تارة تُنشأ المبادلة بينهما في الملكية أي تمليك المال المقابل مع مال آخر ، وأُخرى يُنشأ تمليك كلّ منهما مقيداً بتمليك الآخر .

وكلّ هذا من التفنّن في الصياغة ؛ إذ الإباحة والتمليك على كل تقدير منشأ بالفعل بنحو مقيّد بمقابله ، فلا يحتاج إلى إنشاء آخر لهما .

وإن أُريد منه المقابلة بين فعلي الإباحة والتمليك أو الإباحة والإباحة بحيث تقع المبادلة بين الفعلين فهذا لا يتصوّر إلّا بجعل فعل الإباحة أو التمليك عوضاً وبدلاً في المعاملة ، نظير تمليك العمل في إجارة الأعمال ، وعندئذٍ يكون لكلّ منهما على الآخر عمل التمليك أو الإباحة ، فلا تتحقق إباحة ولا ملك العوض بمجرد وقوع المعاملة منهما .

قال المحقق الخراساني ﵀ : « لو كان الغرض من المعاملة المقابلة بين التمليكين بأن يكون عمل كل منهما وتمليكه جعل بازاء عمل الآخر وتمليكه لم يقع بهذه المعاملة تمليك من أحدهما ، بل يستحق كل على الآخر بعد وقوعها تمليك الآخر وفاءً بها كسائر الأعمال إذا وقعت المعاوضة بينهما ، كما لا يخفى » [1] .

بل هذا بحسب الحقيقة من المبادلة بين مالين في الملكية أو الحقية ، إلّا أنّ المالين أو أحدهما فعل التمليك أو الإباحة ؛ فإنّ المال أعم من العين والمنفعة والعمل .

---

(١) حاشية المكاسب (الآخوند) : ١٨ .

ولازمه كما ذكر المحقق الخراساني ﷺ عدم تحقق الإباحة ولا ملك العوض بذلك ، وهو خارج عن المقصود في موارد الإباحة المعوّضة .

بل ذهب بعض الفقهاء إلى عدم معقوليته ، قال المحقق الاصفهاني ﷺ : « أصل المقابلة بين التمليكين فيه غموض وخفاء ؛ فإنّ التمليك بالاعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آليّ ، وفي جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي ، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد ، فلابدّ من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أُخرى كالصلح على التمليك بازاء التمليك ، فيستحق كلّ منهما التمليك من الآخر بازاء تمليك نفسه » [١] .

وهذا المحذور الذي ذكره راجع إلى مقام الاثبات ، أي لا يمكن إنشاء المبادلة بين الفعلين بالمعاطاة ؛ لأنّ الملحوظ فيها النظر إلى المال المُعطى ، لا عملية الاعطاء نفسه الذي هو التمليك أو الإباحة ، ولهذا ذكر إمكانه إذا قصد ذلك مستقلّاً ضمن معاملة أُخرى كالصلح على التمليك بازاء تمليك أو إباحة بازاء إباحة .

وقال السيّد الخوئي ﷺ « لا نتصور وجهاً معقولاً للمبادلة بين تمليكين ؛ فإنّ المبادلة لابدّ وأن تكون بين مالين موجودين إمّا خارجاً أو اعتباراً في الذمة ، وأمّا ما كان موجوداً في زمان وانعدم فلا معنى لتبديله ، والمقام من هذا القبيل ، فإنّ التمليك الذي ينعدم بقوله ملّكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتاً .

وأمّا إثباتاً فلا يمكن إنشاؤه بقوله : ملّكتك الدار مثلاً ، بل لابدّ في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التمليك بأن يقول : آجرتك على أن تملّكني دارك بازاء تمليكي البستان .

وبالجملة جعل التمليك بازاء التمليك ممنوع ثبوتاً وإثباتاً » [٢] .

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ١٦٢ .

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٨٦ .

وهذا المحذور أيضاً إثباتي ، وكأن مقصوده أنّه لا معنى للمبادلة بين التمليكين بنفس فعل التمليك ـ كما في المعاطاة ـ وإلّا فمن المستبعد انّه لا يرى إمكان تمليك الأعمال مستقلّاً والتي منها فعل التمليك أو الإباحة ، كيف ! وهو واقع في باب إجارة الأعمال ، فإنّ التفسير الفقهي المشهور لها أنها تمليك العمل في قبال الأُجرة .

وعليه ، فيعقل جعل فعل الإباحة أو المال المباح في قبال فعل تمليك العوض أو إباحته ، فيستحق بذلك الطرفان أو أحدهما على الآخر فعل التمليك أو الإباحة لا المال ، فلابدّ من إنشاء تمليكه أو إباحته بعد ذلك .

نعم ، هذا خلاف المقصود في موارد الإباحة بعوض كما أشرنا ، بل لعلّ تمليك الأفعال الاعتبارية والتصرفات القانونية كالتمليك والاباحة ونحوها غير عرفي أساساً ؛ لأنّ التمليك أو الإباحة للأموال لا يكون مقصوداً بالاستقلال كالأعمال الأُخرى ، من قبيل الخياطة والكتابة ، وإنّما يلحظ آليّاً وطريقاً إلى تحصيل نفس المال ، فلا تقابل بالمال ولا تقع عوضاً أو معوّضاً في المعاوضات ، وإنّما يعقل أن تقع شرطاً ضمن العقد . وعلى هذا الأساس حكم المحقق النائيني ﷺ ببطلان مثل هذه المعاملة [١] .

وعلى كلّ تقدير لابدّ وأن يقصد بالإباحة في مقابل العوض إنشاء الإباحة من طرف المبيح فعلاً ، ولكن في قبال تملّك مال الآخر فعلاً أو إباحته أو تملّك عمل على ذمّة الآخر ، وهو أن يملّكه المال الآخر أو يبيحه له ، بناءً على عرفيّته وصحّته .

وقد اختلف الفقهاء المتعرّضون لهذا النحو من الإباحة المعوّضة في صحتها وعدم صحتها بعنوان معاملة مستقلّة ، فذهب جملة منهم إلى صحتها ، ومنعها آخرون .

---

(١) راجع : منية الطالب ١ : ١٧١ .

ولا شك أنّه على القول بصحتها بهذا العنوان تكون عقداً من العقود ؛ لأنّ فيها تمليك مال أو عمل في مقابل إباحة مال آخر ، وهو تصرّف اعتباري والتزام في الأموال راجع لطرفين ، فيحتاج إلى التوافق والقبول منهما معاً ، ولا يمكن أن يستقل به طرف واحد ، وهذا هو العقد .

ومن هنا استدلّ القائلون بصحتها أيضاً إلى أدلّة نفوذ العقد كعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ ، أو حلّية التجارة عن تراضٍ أو البيع ، أو عموم « المسلمون عند شروطهم » بناءً على شمولها للعقود أيضاً .

وقد جعلها بعضهم مصداقاً لعقد الصلح بعد الاشكال في كونها معاوضة متعارفة ومعهودة .

قال الشيخ ﷺ : « وأمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض فمحصّله : أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر ، بل كلاهما ملك للمبيح ، إلّا أنّ المباح له يستحق التصرّف ، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً ، مع أنّ التأمّل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع ، إلّا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغة ، لأنّه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على انّه لا يشترط فيه لفظ (الصلح) كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّة على صحته بقول المتصالحين « لك ما عندك ولي ما عندي » ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين ، ولو كانت معاملة مستقلّة كفى فيها عموم : « الناس مسلّطون على أموالهم » وعموم « المؤمنون عند شروطهم » »[(١)] .

وقد ناقش أكثر المحققين والأعلام الاشكال الذي طرحه الشيخ ﷺ كما ناقشوا اندراجها تحت عقد الصلح . حيث اعتبروها عقداً ومعاملة مستقلّة لا ربط لها بعقد الصلح ، ولا يشترط فيها إنشاء مفهوم التصالح صريحاً أو ضمناً كما هو مقتضى عقد

---

(١) المكاسب ، كتاب البيع : ٩٠ .

الصلح ، بل هي عقد برأسه ينشأ فيه الإباحة في مقابل تمليك العوض أو إباحته ، فيكون مشمولاً لعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ و « المسلمون عند شروطهم » بناءً على شموله للعقود أيضاً وعدم اختصاصه بالشروط ضمن العقود .

بل توسّع بعضهم وجعلها مشمولة لعموم ﴿ **إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ** ﴾ ؛ لأنّ التجارة مطلق التكسّب و ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ خصوصاً إذا كان تمليك مال في قبال الإباحة ؛ لأنّ العمل وإن لم يكن مبيعاً في البيع ، ولكن يصح جعله عوضاً فيه .

قال المحقق الخراساني : « إنّما يشكل من هذه الجهة إذا أُريد الاستدلال عليه بما دلّ على صحتها بعناوينها ، وإلّا فلا إشكال في صحّة الاستدلال عليها بـ « المؤمنون عند شروطهم » و بـ ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ ، إلّا أن يدّعى أنّ المراد بالعقود هي المعهودة المتعارفة منها لا مطلقاً ، وهو كما ترى » [1] .

وقال المحقق الاصفهاني ﴿ره﴾ : « قد عرفت مراراً انّ المعاوضة والمبادلة من المعاني غير المستقلّة في التحصّل ، بل لابدّ من أن يكون بلحاظ أمر ، والمعاوضة المالية لابدّ من أن تكون بلحاظ أمر يناسب المال بما هو مال ، ولا اختصاص للأمر الملحوظ في المبادلة بالملكية ، بل تصدق المعاوضة بقيام كل منهما مقام الآخر في الملكية والهبة والإباحة ولو باختلاف الأطراف بأن يكون أحدهما ملكاً والآخر حقاً أو مباحاً .

وأمّا عدم صدق البيع فليس من حيث اختلاف الطرفين في الملكية والإباحة ، بل من حيث انّه تمليك عين بعوض ، وهذا إباحة مال بعوض ، وإلّا فلو فرضنا تمليك ماله بازاء مال مباح له بالإباحة المطلقة لم يكن وجه لمنع صدق البيع عليه حيث إنّ حقيقته ـ كما عرفت ـ هو التمليك لا مجّاناً ، بل قد عرفت سابقاً انّ دائرة البيع أوسع

---

(١) حاشية المكاسب : ١٩ .

من ذلك »[١].

وقال السيد الطباطبائي اليزدي ﷺ : « لا يضرّ ذلك ؛ لأنّه يشمله العمومات من قوله ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ و ﴿ **تجارةً عن تراضٍ** ﴾ و « الناس مسلّطون » و « المؤمنون » ونحوها .

ودعوى انصرافها إلى المعهود كما ترى ، فهو نوع من العقد ، بل من التجارة ؛ إذ ليست إلّا الاكتساب ويصدق في المقام .

ولا يلزم في المعاوضة المالية أن يكون المبادلة بين المالين من حيث الملكية ، بل قد يكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما ـ حسبما عرفت ـ فلا وقع لهذا الاشكال أصلاً .

والتحقيق : أنّها معاوضة مستقلّة ، وليست داخلة تحت الصلح ؛ لعدم اعتبار معنى التسالم المعتبر فيه فيها »[٢].

وقال المحقق الايرواني ﷺ : « ففيه منع خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعاً ، فإنّ الدخول في الحمّامات مع إعطاء العوض من المعاملات الشائعة في عصر الشارع إلى زماننا هذا ، وكذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك ، والظاهر انّ الكل من قبيل الإباحة بالعوض ، ويشبه أن يكون من قبيل العارية بعوض ، مع أنّ عدم المعهودية لا يضرّ بعد شمول عموم أدلّة المعاملات له من مثل ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ و ﴿ **تجارةً عن تراضٍ** ﴾ و « الناس مسلّطون » . . . ولا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيح بعوض المتملّك للمال بإباحته .

بل لا يبعد صدقه من جانب المملّك ؛ لأنّ إستباحة أموال الناس نوع من الاتجار . مع أنّ غاية ذلك منع التمسك بآية ﴿ **تجارةً عن تراضٍ** ﴾ ، كما انّ عدم كونه

---

(١) تعليقته على المكاسب ١ : ١٧٧ .

(٢) تعليقته على المكاسب : ٨١ .

بيعاً يمنع التمسك بآية ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ ، وأمّا آية ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ فلا مانع من التمسك بها ، مضافاً إلى ما تمسّك به المصنف من دليل السلطنة وعموم « المؤمنون » بناء على صدق الشرط على الالزام والالتزام الابتدائي » [١] .

وقال السيد الامام الخميني ﷺ : « ثمّ لو فرض عدم صدق البيع عليه ، فلا ينبغي الاشكال في صدق التجارة عليه وكذا صدق العقد ، بعد ما تقدم صدقه على المعاطاة ، فهو تجارة صحيحة وعقد لازم واجب الوفاء » [٢] .

وقال السيد الخوئي ﷺ « وهذا لا شبهة في صحته ولزومه ؛ للعمومات الدالّة على صحة العقود ولزومها .

ودعوى : انّ الإباحة من قبيل الأعمال والأفعال فهي لا تكون عوضاً في العقود المعاوضية ، دعوى جزافية ؛ لأنّا ذكرنا في أوّل الكتاب انّ عمل الحرّ وإن لم يكن مبيعاً في البيع ولكن يصحّ جعله عوضاً فيه ، واذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنّف من التأمل في صدق التجارة عن تراضٍ على الإباحة المعوّضة ، وأمّا الاستدلال على صحّة ذلك بقوله ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم » فيرد عليه :

أوّلاً ـ انّ الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين ، ومن الواضح انّ الشروط الابتدائية لا يصدق عليها عنوان الشرط ، فتكون خارجة عن حدود الرواية .

وثانياً ـ انّا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي بمعنى انّ ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه بل المراد من ذلك إنّما هو الالتزام التكليفي ، أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لأنّه من علائم ايمانه » [٣] .

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) : ٨٦ .

(٢) كتاب البيع ١ : ١٧٩ .

(٣) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

وقال في صدر كلامه : « والتحقيق انّ الإباحة بعوض خارجة عن حدود الصلح بداهة أنّها مغايرة لمفهوم الصلح ومجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة ، وإلّا لزم إرجاع جميع العقود حتى النكاح إلى الصلح » [١] .

وفي قبال ذلك أصرّ المحقق النائيني ﴿ على بطلانها وعدم صحّتها لا بعنوان الصلح ـ لما ذكر ـ ولا بعنوان التجارة والمعاوضة المستقلّة لأنّها لابدّ وأن يكون التكسّب فيها من الطرفين لا من طرف واحد ، والمباح له لم يكتسب مالاً ، ولا بعنوان العقد ، لعدم وجود التزام من طرف المبيح للآخر ، وإنّما مجرّد إذن يترتّب عليه جواز التصرّف شرعاً .

قال : « التحقيق فساد هذه المعاملة وعدم صحتها لا صلحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلة ؛ وذلك لما تقدم وجهه من عدم تحقق معنى المعاوضة أصلاً ، لعدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له ، وجواز الانتفاع من مال المبيح ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خيطه ؛ لأنّه حكم شرعي مترتّب على إباحة المبيح ، ولا يكون ملكاً كالعين والمنفعة ، ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيء من العمومات لا دليل الصلح ، ولا دليل التجارة ، ولا عموم « المؤمنون » ، ولا شيئاً من الأدلّة .

ومنه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لاثبات لزومها أيضاً .

ثمّ على تقدير الصحة فالتمسّك بالعموم لاثبات اللزوم حتى من طرف المبيح لا يخلو عن الغرابة ، وإلّا يصحّ التمسّك لاثبات لزوم كل إباحة . وهذا كما ترى ؛ فإنّ المبيح ما التزم بشيء أصلاً » [٢] .

---

(١) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

(٢) تقريرات النائيني للآملي (المكاسب والبيع) ١ : ٢١٨ .

ووافقه عليه تلميذه السيد الخوئي ﷺ في أحد تقريريه ، ولكن مع الحكم بصحتها بعنوان الإباحة المعلّقة أو المشروطة ، وهي ليست بعقد كما تقدم .

قال ﷺ : « وتحقيق ذلك : انّ التمليك والإباحة قد يقعان مورداً لعقد آخر من صلح أو اجارة أو بيع كما إذا تصالح المبيح والمملِّك على الإباحة والتمليك وأنشآه بعنوان الصلح أو آجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئاً وجعل ثمنه الإباحة ، أي تمليك عمل الإباحة .

وقد تنشأ الإباحة في مقابل التمليك من دون تعلّق عقد بهما .

أمّا الأوّل ، فلا إشكال في صحته ولزومه ، فيجب على كل منهما العمل بما التزم به ويملك كل منهما ذلك على الآخر ، نعم وجوب الإباحة على المبيح تكليفي لا وضعي ، فله الرجوع وضعاً متى شاء ، بخلاف التمليك على الطرف الآخر ، وعليه فإن أباح المبيح وكان مورد العقد الإباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ؛ لأنّه من أكل المال بالباطل ، وأمّا إذا لم يبح أو كانت الإباحة مستمرة ـ كما هو الظاهر ـ ورجع في الأثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلّف الشرط .

وأمّا الثاني فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنّما هو إباحة مشروطة أو معلّقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعدة . ويؤيده قوله ﷺ « الناس مسلّطون على أموالهم » فإنّ مقتضاه تسلّط المالك على إباحة ماله للغير مشروطاً أو معلّقاً كيفما أراد .

فإن كانت إباحة مشروطة أي إباحة فعلية مجّانية غايته قد شرط في ضمنها على المباح له تمليك ماله فيجب عليه الوفاء به ؛ لقوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » جاز للمبيح الرجوع عن إباحته مهما أراد ، ولكن المملّك ليس له الرجوع ابتداءً ؛ لأنّ تمليكه لم يكن هبة مجّانية لتكون جائزة وإنّما كانت في مقابل الإباحة ، فهي هبة معوّضة لازمة ، إلّا إذا رجع المبيح وحينئذٍ لا يبعد أن يثبت للمملّك ذلك ؛ لتخلّف الشرط .

وأمّا إذا كانت إباحة معلّقة ـ شخصيّة أو نوعية ـ بأن تكون فعليتها منوطة بتحقق المعلّق عليه من دون أن يجب إيجاده على الطرف أصلاً لعدم التزامه به فيجوز للمملِّك أيضاً الرجوع ابتداءً ؛ لأنّ تمليكه كان هبة مجّانية جائزة إلّا إذا كانت إلى ذي رحم فتكون لازمة لا يجوز له الرجوع ، إلّا إذا رجع المبيح فيثبت له خيار تخلّف الشرط .

ولا ينافيه إطلاق ما دلّ على لزوم الهبة إلى ذي رحم ؛ فانّه ناظر إلى لزومها من حيث كونها هبة ، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة أُخرى »[١] .

وحلّ هذا الاختلاف يتوقّف على تحليل مضمون الإباحة بالعوض ؛ فانّه لو كان مضمونها الإذن والرضا بتصرّف الغير بعوض فهذا ليس إلّا مجرد طيب النفس المبرز مشروطاً أو معلّقاً على العوض ، فيتمّ ما ذكر من انّه ليس معاوضة ؛ لأنّه لم ينتقل شيء من كيس المبيح للمباح له ، ولا عقداً ؛ لأنّه لم يلتزم المبيح بشيء للمباح له ، وإنّما أبرز رضاه وطيب نفسه مشروطاً بالعوض الموجب لجواز التصرّف شرعاً ، فيزول كلّما زال الرضا وطيب النفس وتدور الإباحة مداره ، وهذا ليس معاملة .

وأمّا إذا كان مضمونها إنشاء الإباحة في مقابل العوض مع الالتزام بذلك من قبل المبيح في قبال التزام الآخر بالعوض فهذا بحسب الحقيقة قرار معاملي والتزام في مقابل التزام ، فيكون معاملة وعقداً يتّفق عليه الطرفان ، ويكون مشمولاً لعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ سواء كان متعارفاً أم لا ، فإنّ عدم التعارف لا يمنع العموم . على انّه متعارف ـ كما أشار إليه بعض الفقهاء ـ بل قد يصدق عليه عنوان التجارة والتكسّب أيضاً ، لما فيه من النفع المالي للطرفين ، ويمكن أن نسمّيه بالإباحة العقدية .

---

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٩٥ ـ ٩٦ .

إلّا أنّه ينبغي البحث عندئذٍ في مضمون هذه الإباحة العقدية من جهتين :

الأولى ـ فرقها عن الإجارة التي يصح فيها أيضاً للغير التصرف للانتفاع بالعين المستأجرة .

وحاصلها : انّه في الإجارة تنتقل المنفعة أو حق الانتفاع والتسلّط على العين إلى المستأجر وتخرج عن حق مالك العين ، ومن هنا تكون الإجارة من عقود التمليك ونقل الحق إلى الغير ، وهذا بخلاف الإباحة العقدية فانّها ليست متضمّنة لانتقال شيء من المبيح إلى المباح له ، وإنّما مجرّد الإذن وإباحة التصرّف ما دام المال مملوكاً له مع بقائه رقبةً ومنفعةً على ملك مالكه .

الثانية ـ انّ الالتزام بالإباحة هل يكون على غرار الالتزام بالأفعال ، فالمبيح في الإباحة العقدية يبيح ماله للغير ويلتزم بابقاء هذه الإباحة والإذن في المدة المقرّرة ما دام المال في ملكه ، أو انّه ينشئ عنوان الإباحة والمأذونية على غرار انشاء النتائج والاضافات الاعتبارية الوضعية كانشاء الملكية والزوجية والحقوق الوضعية الأُخرى ؟

ظاهر جملة من القائلين بكون الإباحة المعوّضة عقداً مستقلاً هو الثاني ، وظاهر بعضهم الأوّل . والظاهر أنّ نقاش المحقق النائيني ﵀ وبعض من تبعه بأنّ الإباحة حكم شرعي وليس طرفاً لاضافة اعتبارية إلى المالك فلا معنى لانشائه من قبل المبيح يرجع إلى هذا المعنى للإباحة العقدية .

وهذا نقاش وجيه ويترتب على كلّ من التحليلين والتفسيرين للإباحة العقدية أثر مهم فانّه على الأوّل يكون رجوع المبيح مؤثّراً في ارتفاع الإباحة وإن كان ممنوعاً عليه تكليفاً ومحرّماً .

وعلى الثاني يكون رجوعه غير مؤثّر ، فتكون الإباحة المعوّضة على هذا لازمةً تكليفاً ووضعاً . وهذا ما سيأتي الحديث عنه عند البحث عن لزوم الإباحة المعوّضة .

وقد يحاول تخريج الإباحة بعوض على أساس عقد الجعالة ، بأن يقول الجاعل : من يملّكني درهماً أُبيح له سكنى داري شهراً مثلاً ، فتشمله أدلّة صحّة الجعالة ، فلا يكون عقداً مستقلّاً بل مصداقاً من مصاديق عقد الجعالة .

ويمكن أن يلاحظ على هذا التخريج :

أوّلاً ـ انّ الجعالة إنّما تصح فيما تصح فيه الاجارة ، أي في عمل يمكن أن يبذل بازائه المال والأُجرة .

وقد تقدّم عن بعض الفقهاء كالمحقق النائيني ﷺ الاشكال في صحّة جعل العوض في قبال عمل لا يكون ملحوظاً إلّا آلياً وطريقاً إلى المال وليس بنفسه المال كفعل التمليك ، كما إذا آجره ليملّكه ماله ، بل المقابلة في مثل هذه الموارد تكون بين المالين ، فيرجع في المقام إلى الإباحة في مقابل العوض .

وثانياً ـ انّ اللازم في عقد الجعالة التزام الجاعل بالجعل للعامل ليكون عقداً ، ومجرّد الاذن والإباحة ليس فيه التزام ، إلّا إذا كان المقصود التزام المبيح بها لا مجرّد الإباحة ، فيتوقّف على ما ذكرناه في بيان وجه عقدية الإباحة بعوض من كونه التزاماً بالإباحة زائداً على الإذن ، فيمكن أن يكون عقداً مستقلّاً والتزاماً في قبال التزام بدفع العوض ، كما هو كذلك عرفاً .

نعم ، هذا لا يدفع معقولية الجعالة أيضاً ، وأثرها عندئذٍ : أنّ التزام المبيح بالإباحة معلّق على تمليك العوض من الآخر ، وليس في قبال التزام الآخر ، فلا إلزام ولا التزام من قبل الآخر بالتمليك ، بل الأمر بالعكس على تقدير التمليك والهبة للعوض تلزم الإباحة على المبيح ؛ لأنّه ملتزم به بعقد الجعالة بحسب الفرض .

كما يمكن أن تكون الجعالة من طرف صاحب العوض ، فهو يجعل لمن يبيح له المال العوض ، فيكون ملتزماً بدفعه إذا أباح له المال .

وهكذا يتّضح انّه يعقل تصوير الإباحة بالعوض بنحو يرجع إلى عقد ومعاملة

مستقلّة فيها التزام بالإباحة في مقابل العوض على حدّ العقود والالتزامات الأُخرى ، كما قد ترجع إلى عقد الجعالة بناءً على صحتها في كل عمل ، نعم لا تنحصر الإباحة بعوض بذلك ، بل يمكن أن تكون مجرّد إباحة معلّقة أو مقيّدة بالعوض من دون التزام في البين ، فلا يكون عقداً حينئذٍ ، كما لا يكون المبيح ملزماً بها ، كما تقدّم شرحها ويأتي الحديث عن الفروق والآثار المترتّبة عليها .

هل الإباحة المعوّضة جائزة أم لازمة ؟

اتّضح مما تقدّم أنّ الإباحة بعوض تارة تخرّج على أساس كونها معاوضة أو عقداً مستقلّاً ، وأُخرى على أساس أنّها إباحة معلّقة على تمليك العوض ، وثالثة على أساس أنّها إباحة مقيّدة بالالتزام الشرطي بالعوض ، ورابعة على أساس التوافق بين المبيح والمستوفي للمنفعة أو العين على تعيين مقدار الضمان في المسمّى .

فهذه تخريجات أو تصويرات أربعة للإباحة بعوض تختلف في الجواز واللزوم .

١ ـ فبناءً على التخريج الأوّل لابدّ وأن يقال بلزومها من كلا الطرفين أي طرف المبيح وطرف المملّك للعوض بمقتضى العمومات الدالّة على لزوم كل عقد ووجوب الوفاء به المقتضي للزوم العقد ابتداءً نظير قوله تعالى : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ أو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « المسلمون عند شروطهم » أو بالاطلاق كأدلّة الصحّة والامضاء من قبيل : ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ و ﴿ **تجارةً عن تراضٍ** ﴾ فإنّ مقتضى إطلاقها الأحوالي بقاء الإمضاء وترتّب الأثر حتى بعد رجوع المالك . كما انّ مقتضى الأصل العملي ـ وهو الاستصحاب ـ ذلك أيضاً .

قال الشيخ الأنصاري رحمه الله : « وعلى تقدير الصحّة ففي لزومها مطلقاً لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ، أو من طرف المباح له حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه

دون المبيح حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه فهو مسلّط عليه ، أو جوازها مطلقاً ، وجوه : أقواها أوّلها ثمّ أوسطها » [١] .

وقد اعترض على هذا الاستدلال من قبل المحقّقين : بأنّ مقتضى دليل « الناس مسلّطون على أموالهم » جواز رجوع المبيح عن إباحته ، لأنّه باقٍ على ملكه بحسب الفرض ، فيكون مقتضى السلطنة على ماله جواز الرجوع فيه ، كما انّ مقتضاه جواز تصرّفه فيه بما يوجب انتفاء الإباحة .

وقد اختلف موقفهم في دفع هذا الإشكال ، فذهب بعضهم كالمحقق الاصفهاني ﴿ إلى اللزوم بمعنى عدم تأثير الرجوع في رفع الإباحة مع جواز التصرّف للمبيح في ماله بما يوجب انتفاءها على المباح له ، قال : « ينبغي أن يعلم أنّ إباحة التصرّف في المال تارة تستند إلى إذن المالك ورضاه فمثلها بقاؤها ببقائهما كحدوثها بحدوثهما ، وأُخرى تستند إلى العقد على الإباحة ومثلها قابلة للزوم بمعنى عدم انفكاك الإباحة عن موضوعها فليس للمبيح ردّ تلك الاضافة كما انّه ليس له ردّ الملكية ، وحينئذٍ فلا يختص اللزوم بطرف الملكية ، بل يعمّ طرف الإباحة .

وأمّا المعارضة في طرف الإباحة بعموم دليل السلطنة لأنّ المفروض بقاء المال على ملكه ، فمندفعة بأنّ غاية ما يقتضيه دليل السلطنة أنّ المالك له التصرّف في ماله ، إلّا أنّه غير السلطنة على عقده وردّ الاضافة ، فانّه محتاج إلى سلطنة جديدة متعلّقة بالعقد قولياً كان أو فعلياً ، كما مرّ الكلام سابقاً .

نعم ، التصرّف في نفس المال بما يوجب انتفاء موضوع تلك الاضافة لا مانع منه » [٢] .

---

(١) المكاسب : ٩٠ .

(٢) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ٤٤ .

وذهب بعض كالمحقق الايرواني ﷺ إلى اللزوم تكليفاً بمعنى حرمة الرجوع أو التصرّف الرافع للموضوع ، لا وضعاً بمعنى صحّة التصرّف وارتفاع الإباحة للمباح له برجوع المبيح قال : « ثمّ لزوم المعاملة إمّا أن يراد منه لزومها تكليفاً بمعنى انّه لا يجوز فسخ المعاوضة ويحرم فسخها ، أو يراد منه لزومها وضعاً بمعنى انّه لا أثر لرجوعه في حلّ المعاملة وحرمة التصرّف للمباح له . . .

إذا عرفت هذا فاعلم أنّه لا سبيل إلى الحكم باللزوم الوضعي ؛ فإنّ جواز التصرّف من المباح له بعد رجوع المبيح خلاف دليل سلطنة الناس ودليل لا يحلّ .

وأمّا اللزوم تكليفاً فهو مقتضى الأدلّة التي يستدل بها على صحّة هذه المعاملة ، أعني عموم ﴿ أوفوا ﴾ و (المؤمنون عند شروطهم) » [١] .

ومثله ما ذكره السيد الگلبايگاني ﷺ « الأقوى هو الوجه الأوّل وهو اللزوم ، لكن فيما إذا كان أخذ العوض في مقابل الإباحة الأبدية ، فيجب البقاء على إباحته والالتزام بها تكليفاً لا وضعاً » [٢] .

وذهب آخرون إلى اللزوم تكليفاً ووضعاً وعدم معارضة دليل السلطنة مع أدلّة اللزوم . قال السيد الطباطبائي اليزدي ﷺ : « مقتضى السلطنة على المال لزوم الإباحة المفروضة لا جوازها ؛ لأنّه إذا كان مسلّطاً على ماله وقد أباحه بعوض ، فيلزم أن تكون نافذة » [٣] .

وقال السيد الحكيم ﷺ : « ولا يعارضه عموم السلطنة بالاضافة إلى المبيح لكون المفروض صدور التصرّف من السلطان ، فيكون مقتضى العموم القدرة عليه على ما هو عليه من اللزوم والجواز ، فلا يصلح لمعارضة ما دلّ على لزومه ؛ لما عرفت

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ١ : ٨٦ .

(٢) بلغة الطالب : ١٥٠ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨١ .

من أنها لا تصلح للتشريع .

وبالجملة عموم السلطنة إنّما يقتضي شرطية إذن المالك في صحّة التصرّف ، فاذا وقع التصرّف بارادة المالك وكان لازماً لم يصلح العموم لرفع لزومه » [١] .

وقال الإمام الخميني ﷺ : « انّ التمسك في ذيل كلامه ـ أي الشيخ الأنصاري ﷺ ـ بأصالة التسلّط للجواز ليس على ما ينبغي ، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم لا على الأحكام والأسباب » [٢] .

ويتلخّص جواب القائلين باللزوم وضعاً وتكليفاً في أمرين :

أوّلاً ـ إنّ دليل السلطنة لا نظر له إلى تشريع الأسباب وترتّب الأثر عليها أو عدمه سواء في طرف الإحداث أو الإنهاء والفسخ ؛ ومن هنا منع جملة من المحققين من التمسّك بدليل السلطنة لاثبات صحّة العقود .

ويمكن أن يلاحظ عليه : بأنّ المدّعى ليس تحكم دليل السلطنة على الأسباب الشرعية بل على تصرّف المالك في ماله بنقله إلى الغير أو أخذه من المباح له وحرمة تصرفه فيه بدون رضاه ، لأنّ موضوع كلّ ذلك هو الملك وهو محفوظ للمبيح بحسب الفرض ، ولازمه عدم اللزوم الوضعي .

نعم ، حيث أنّه قد التزم بالعقد بأن يبيح ويأذن للمباح له بالتصرّف يكون رجوعه عن ذلك مخالفة لذلك الالتزام والشرط فيحرم عليه تكليفاً لا وضعاً .

وثانياً ـ لو فرض نظره إلى الأسباب فهو يقتضي السلطنة عليها كما هي ، فإذا كان مقتضاها اللزوم كان مقتضى السلطنة عليها ذلك أيضاً ، لا انتقاضها وارتفاعها ؛ فانّه خلف السلطنة عليها بما هي كذلك .

وهذا الجواب قد ناقش فيه المحقق الاصفهاني ﷺ بقوله : « انّ نفوذها ـ الإباحة ـ

---

(١) نهج الفقاهة : ١٢٥ .

(٢) كتاب البيع (الخميني) ١ : ٢٦٥ .

لا يلازم لزومها كما في كلّ معاوضة نافذة ، فالاستدلال بالصحة على اللزوم غريب جداً ، نعم هذا إنّما يتوهم إذا عقد على الاباحة على وجه لا رجعة فيها فإنّ فرض وقوعها نافذة فرض عدم نفوذ الرجوع ، لأنّ المنافي لا يقع صحيحاً بعد وقوع منافيه صحيحاً وإلّا لزم صحة المتنافيين ، لكنه خارج عن محلّ البحث إذ الكلام في مجرد العقد على الإباحة كالعقد على الملكية واللزوم والجواز حكمان شرعيان » [١] .

ويمكن توضيح ذلك ببيان آخر : أنّ البحث في أصل اقتضاء الإباحة بعوض ـ بناءً على كونها عقداً والتزاماً بالإباحة في مقابل العوض ـ للّزوم تكليفاً ووضعاً أو تكليفاً فقط ، يبتني على تحليل حقيقة الإباحة العقدية كما أشرنا إليه فيما تقدّم .

فإذا كانت الإباحة العقدية بنحو الالتزام بالإباحة على غرار الالتزام بالأفعال فهذا غايته اللزوم تكليفاً ، أي وجوب الإباحة والإذن للطرف الآخر في المقدار المتفق عليه من الزمان ، وأمّا إذا رجع عن إذنه وإباحته أو أراد منعه عن التصرّف كان جائزاً وضعاً ، أي مؤثّراً ، فترتفع الإباحة ، ولكنه محرّم عليه تكليفاً ؛ لأنّه على خلاف التزامه .

وإن كانت الإباحة العقدية انشاءً للإباحة والمأذونية على غرار انشاء النتائج الوضعية الاعتبارية أي أن يكون الطرف الآخر مأذوناً في التصرّف والمال مباحاً له ، نظير الالتزام بكونه وكيلاً بنحو شرط النتيجة ، كانت الإباحة لازمة وضعاً وتكليفاً ، فلا يؤثّر منعه أو رجوعه في ارتفاع المأذونية والإباحة ما دام المال ملكاً له .

فالمسألة مرتبطة بهذا التخريج والتحليل للإباحة العقدية فمن يرى صحته

(١) حاشية المكاسب للاصفهاني ١ : ٤٤ .

وعقديّته كان مقتضى دليل وجوب الوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم لزوم هذا العقد وعدم تأثير رجوع المبيح في زوال الاباحة . ولا ينافيه دليل السلطنة لأنّه كان بارادة المالك وانشائه .

وإن شئت قلت : من حيث انّه ملك للمبيح وإن كان له أن يرجع ، إلّا أنّه من حيث انّه إنشاء والتزام من قبله نافذ وضعاً وتكليفاً . فلا أثر لرجوعه ، ودليل السلطنة لا ينفي هذه الحيثية .

ثمّ إنّه بناءً على التخريج والتفسير الأوّل للإباحة العقدية إذا رجع المالك عن إباحته كان للطرف الآخر الرجوع بالعوض أيضاً لتخلّف الشرط ؛ لأنّ تمليكه العوض كان مشروطاً بالإباحة .

نعم ، قد يقال : بأنّ له أن يرجع بالعوض بالنسبة لا بتمامه ، فإذا كان قد استوفى المنفعة وتصرّف بسكنى الدار مثلاً في نصف المدة ثمّ رجع المالك عن إباحته كان له أن يرجع بنصف العوض لا أكثر ؛ لأنّ الشرط المذكور انحلالي .

ثمّ انّ نفس النتائج المترتبة بناءً على كون الإباحة المعوّضة إباحة عقدية بالتفسيرين المتقدمين تترتب على القول بارجاعها إلى عقد الجعالة بأن يجعل المبيح لمن يملكه العوض إباحة التصرف في ماله فإنّه في طول تمليك العوض تكون الإباحة نافذة وحاصلة ، فإن كانت بالنحو الأوّل كان رجوع المبيح رافعاً لها وضعاً ومحرماً تكليفاً ، وإن كانت بالنحو الثاني لم يكن نافذاً حتى وضعاً .

نعم ، يختلف فرض الجعالة عن العقد المستقل بين الإباحة والعوض في لزوم الأمرين على المتعاملين في العقد المستقل بمجرد انشاء العقد ، بخلافه في الجعالة فانّه لا لزوم على المجعول له كما لا لزوم على الجاعل إلّا في طول تحقق العمل من المجعول له وهو التمليك للعوض في المقام .

٢ ـ وبناءً على التخريج الثاني للإباحة المعوّضة أي كونها إباحة معلّقة على تمليك العوض تكون الإباحة مجّانية ، ولكنها مترتّبة على تحقّق عنوان أو عمل

وهو تمليك الطرف للعوض ، فيجوز للمبيح الرجوع كما هو الحال في سائر موارد الإباحة والإذن بتصرف الغير ، فلا التزام له بشيء ، كما أنّ تمليك العوض من الطرف الآخر ليس إلّا هبة مجّانية بحاجة إلى قبض وإقباض ، كما أنّ له الرجوع فيها إذا كان لغير ذي رحم .

٣ ـ وبناءً على التخريج الثالث أي كونها إباحة مقيّدة بالتزام الآخر بتمليك العوض وإنشاء ذلك ، فإن كان المبيح أيضاً ملتزماً بالإباحة رجع إلى التخريج الأوّل وكان التزاماً في مقابل التزام وهو عقد كما أشرنا .

وإن لم يكن التزام بالإباحة من قبل المبيح ، بل كانت إذناً وإباحة فعلية ولكن مشروطة ومعلّقة على التزام الآخر بتمليك العوض كما في الشروط ضمن العقود بحيث لو لم يلتزم فلا إذن وإباحة ، فقد تقدّم من بعض الأعلام جعل مثل هذا الالتزام الشرطي مشمولاً لعموم « المسلمون عند شروطهم » ؛ لأنّه ليس شرطاً والتزاماً ابتدائياً ، بل قيد وشرط للإباحة ، فيكون نظير الشرط ضمن العقد أو الايقاع ، فتكون الإباحة جائزة ، ولكن شرط التمليك للعوض على تقدير الإباحة يكون لازماً وواجب الوفاء ، فيكون اللزوم من قبل المملّك لا المبيح .

وإن كان على تقدير عدم الإباحة أو الرجوع فيها يجوز للمملّك أيضاً عدم العمل بالشرط ؛ لأنّ الشرط كان على تقدير الإباحة لا مطلقاً .

وحينئذٍ فإن كان هذا الاشتراط بنحو شرط النتيجة أي التزام بملكية العوض تحقّقت الملكية بنفس هذا الشرط واستحقّه المبيح وملكه عليه ، فلا حاجة إلى تمليك آخر كما لا حاجة إلى قبض وإقباض ؛ لأنّ التمليك بالشرط لا بعقد الهبة ، فيكون لازماً عليه ، ولا يصح فيه الرجوع ما لم يرجع المبيح عن إباحته .

وإن كان الاشتراط بنحو شرط الفعل وجب عليه التمليك وكان هبة فيملكه المبيح في طول الاقباض .

كما أنّه يجوز للمملّك الرجوع وضعاً لا تكليفاً إذا كان لغير ذي رحم متى شاء ،

بخلافه على الأوّل كما أشرنا ، فما تقدّم عن بعض الأعلام من التسوية بين النحوين للاشتراط غير دقيق .

وقد يناقش في أصل صحة مثل هذا الاشتراط ولزومه وشمول دليل وجوب الوفاء بالشرط له ؛ لأنّه من الشرط الابتدائي لا ضمن عقد أو إيقاع ، إذ المراد بالشرط ما يكون قيداً وشرطاً لالتزام عقدي أو إيقاعي ، والإذن أو الإباحة بحسب الفرض ليس التزاماً من قبل المبيح ، وإنّما مجرّد رضا وطيب النفس بتصرّف الغير وإن كان مقيّداً ومشروطاً بالالتزام الشرطي المذكور .

ويمكن أن يجاب : بأنّ عموم « المسلمون عند شروطهم » يشمل كلّ شرط ، وإنّما قيل بخروج الشرط الابتدائي إمّا من باب الإجماع أو من جهة أنّ عنوان الشرط ظاهر في كون الالتزام شرطاً وقيداً لانشاء أو التزام آخر . وكلا الأمرين غير جاريين في محلّ الكلام :

أمّا الإجماع ، فلاختصاصه بالشرط الابتدائي المحض الذي هو كالوعد ، وليس المقام كذلك بل هو التزام في مقابل الإباحة ومن أجلها .

وأمّا الاستظهار فهو شامل لمحلّ الكلام ؛ إذ الالتزام بتمليك العوض قد وقع قيداً وشرطاً لإباحة المبيح ماله لصاحب العوض ، فهو التزام وقع شرطاً في إنشاء الاذن والإباحة ، فيكون على غرار الشروط الضمنية في العقود أو الايقاعات الأُخرى .

٤ ـ وبناءً على التخريج الرابع للإباحة المعوّضة أيضاً لا لزوم للإباحة على المبيح ، كما لا استحقاق للعوض ابتداءً وقبل التصرف والاستيفاء ، وإنّما يستحقه المبيح باستيفاء المباح له ، إمّا على أساس كونه عقداً وتوافقاً كذلك بينهما ، أو على أساس تبدّل ضمان الغرامة بالمسمّى ابتداءً بذلك عند العقلاء ، وقد أمضاه الشارع أيضاً ، فيكون بعد الاستيفاء لازماً على المستوفي على كلّ حال . وإن كان اللزوم على تقدير كونه عقداً لزوماً عقدياً معاملياً وعلى تقدير كونه حكماً عقلائياً لزوماً حكمياً ، ولكلّ منهما آثاره وأحكامه الخاصّة يراجع فيه بحث (خيار ، لزوم) .

ثمّ إنّه في كلّ قسم من هذه الأقسام الأربعة للإباحة المعوّضة إذا كانت الإباحة بعوض أو تمليك العوض بالخصوص عقداً خاصاً كالصلح أو الهبة أو التجارة أو عقداً مستقلّاً اشترط فيه ما يشترط في العقود أو المعاوضات عموماً أو تلك العقود الخاصّة من الشرائط والأحكام كاشتراط التنجيز وعدم الجهالة والترديد والتطابق بين الايجاب والقبول والموالاة والقبض والاقباض وجريان الخيار وغير ذلك من الأحكام والآثار.

كما أنّ شروط الأهلية من البلوغ وعدم السفه والحجر والجنون ونحو ذلك لازمة في جميع هذه الأقسام وسواء كانت الإباحة عقدية أم لا؛ لأنّها شرط في مطلق التصرّف في الأموال حتى الإذن والإباحة، كما هو مقرّر في محلّه.

إباحة التملّك بعوض:

من موارد الإباحة المعوّضة المتعارفة أن يبيح المالك تملّك ماله للغير بعوض كما في وضع الطعام أو المتاع في أمكنة عامّة لمن يريده بشرط وضع ثمنه المسمّى والمعيّن عنده، نظير وضع الأجهزة المتعارفة اليوم لأخذ بعض الأغذية والأشربة المنصوبة في المحلّات العامّة بدفع ثمنها في الموضع المعيّن في الجهاز.

وهذا النحو من المعاملة المتعارفة والمعهودة كثيراً اليوم قد يخرَّج على أساس انّه نحو معاطاة ومبادلة بين المالين بالفعل والوضع المخصوص خارجاً، فيكون بيعاً، فيشترط فيه شروطه لا محالة.

وقد يخرّج على أساس أنها من باب إباحة التملّك بالعوض ـ ولعلّه الأظهر حيث لا يشترط فيه شروط البيع بل لا توجّه إلى إنشاء مضمون البيع عادة ـ وعندئذٍ ينفتح بحث عن صحّة ذلك وكيفيّة تخريجه؛ لأنّ الإباحة لا تستلزم الملك، فكيف يحصل التمليك بها، مع وضوح أنّ انتقال الملك بحاجة إلى سبب ناقل والاباحة ليست من أسباب انتقال الملك؟!

ويمكن أن يجاب على ذلك : بأنّ السبب الموجب للملك هنا ليس هو الإباحة ، بل الأخذ وحيازة المال بقصد التملّك في طول إباحة المالك وإذنه بذلك .

وتوضيح ذلك : انّ الحيازة بقصد التملّك في الأموال المباحة لا إشكال في كونها من أسباب الملك عقلائياً ، وقد أمضاه الشارع ، بل ادّعى بعض الفقهاء دلالة بعض النصوص عليه ، وهي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « انّ أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة ، فجاء رجل فأخذه ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : للعين ما رأت ، ولليد ما أخذت »[1] .

وهذه السببيّة للحيازة والأخذ عند العقلاء لا تختص بالمباحات الأولية ، بل هي أعمّ من ذلك ، فتعمّ تمام موارد عدم وجود حق للآخرين في المال المحوز ، وهذا يكون في موارد ثلاث :

١ ـ المباحات الأوليّة .

٢ ـ المال المعرض عنه صاحبه .

٣ ـ المال الذي يأذن صاحبه بأخذه على وجه التملّك .

فالحاصل : لا قصور في اقتضاء الحيازة والأخذ بقصد التملّك للسببية ، وإنّما يمنع عنه حق الآخرين سواء كان حقاً لشخص حقيقي أو حقوقي ، فاذا لم يكن المال المأخوذ بقصد التملّك متعلّقاً لحق الآخرين أو كان ولكن صاحبه أذن في ذلك ورضي به ـ والذي هو بمثابة إسقاط حقه أو إعراضه عنه ـ كانت السببية تامّة ومؤثّرة ، وهذا التعميم والتحليل لملاك سببية الحيازة بقصد التملّك للملكية لو جزمنا بها عقلائياً أو استظهرناه من بعض التطبيقات الفقهية اتجه تخريج المعاملة المعهودة على أساس كونها إباحة وإذناً في الأخذ والتملّك مجّاناً أو على وجه الضمان للقيمة أو للمسمّى أو معلّقاً على تمليكهما .

---

(١) الوسائل ١٦ : ٢٩٧ ، ب٣٨ من الصيد ، ح ١ .

فهذا التمليك لا يكون على أساس العقد أو الشرط ، بل على أساس الفعل التكويني ، وهو الأخذ والحيازة بقصد التملّك بعد إباحة المالك ذلك ، فلا يشترط فيه شيء من شروط المعاوضة أو العقد ، ولا تجري عليه أحكامها من اللزوم والجواز والخيار ونحو ذلك .

وعلى أساس هذا التخريج يمكن أيضاً حلّ الاشكالات المذكورة عندهم في بحث المعاطاة بناءً على إفادتها للإباحة المطلقة بالنسبة للتصرفات المتوقفة على الملك كالوطء أو البيع والعتق لنفسه ، فانّها يمكن أن تكون من الاباحة في التملّك بالأخذ ، فلا حاجة إلى التكلّفات والتأويلات التي ذكرها الفقهاء في ذلك البحث .

أثر الإباحة المعوّضة :

اتّضح مما تقدم انّ أثر الاباحة المعوّضة في موارد إباحة التصرّف والانتفاع هو جواز التصرّف للمباح له في حدود الإباحة لا أكثر ، واستحقاق المبيح للعوض ـ سواء كان القيمة السوقية في الإباحة على وجه الضمان أو المسمّى ـ وفي إباحة التملك للعين جواز تملكها كذلك وحصول الملكية في طول الأخذ والتصرّف .

وهل يتحقق حق للمباح له في الانتفاع أو المنفعة في إباحة التصرّف زائداً على جواز التصرّف بحيث يمكن انتقاله إلى الغير بسبب ناقل أو بارث ونحوه ؟

تقدم انّه لا يحصل شيء من ذلك لأنّ الإباحة المعوّضة حتى العقديّة منها لا تتضمن انتقال حقّ أو ملك إلى المباح له ، بل غايته جواز التصرّف وإباحته ، وأمّا لزوم الإباحة من طرف المبيح أو دفع العوض من طرف المباح له فقد تقدم شرحه وتفصيله واختلاف حكمه حسب اختلاف التخريجات العديدة المتصورة للإباحة المعوّضة .

كما تقدّم أيضاً إمكان تخريجها على أساس عقد الجعالة أو إباحة عقدية مستقلة ، وحينئذٍ يترتب عليها آثار عقد الجعالة أو العقود المستقلة ويلحقها شروطها وأحكامها .

كما انّه على تقدير القول بلزوم الإباحة العقدية يجري فيها التقايل والخيار إذا تحقق سبب من أسبابه .

هذا كلّه في الإباحة المعوّضة المالكية ـ كما هو مقصودنا منها ـ وأمّا الإباحة الشرعية المعوّضة المزعومة في المعاطاة على قول فهي إباحة تعبّدية توقيفيّة على خلاف القاعدة فلا يمكن تطبيق القواعد عليها ، بل لابدّ فيها من الاقتصار على المتيقن من دليلها مورداً وأثراً وشرطاً .

انتهاء الإباحة المعوّضة :

تنتهي الإباحة المعوّضة بانتهاء التصرّف المباح ـ كالانتفاع بالحمام مثلاً ـ كما تنتهي بزوال الموضوع وتلف المال المباح وهذا واضح ، وتنتهي أيضاً بانتقال المال إلى مالك آخر ، فإنّ الإباحة مالكية ومقيّدة بموضوعها وهو ملك المبيح فاذا بيع المال من شخص آخر زال موضوع الإباحة ـ كما أشار إلى ذلك المحقق الاصفهاني في عبارة سابقة ـ .

لا يقال : فلينقل العين إلى الغير بما هو مباح في تلك المدة للمباح له نظير انتقال العين مسلوبة المنفعة إلى الغير في بيع العين المستأجرة .

فانّه يقال : هذا خلف ما تقدم في حقيقة الإباحة من عدم اقتضائها انتقال شيء إلى المباح له بل هو مجرد تحليل وإباحة للتصرف من قبل المالك ، وهذا حتى على تقدير رجوعه إلى انشاء الإباحة العقدية لا يخرج عن كونه إباحة من قبل المالك ما دام مالكاً لا أكثر ، إذ لا سلطنة للمالك على أكثر من ملكه ، فالإباحة المنشأة مقيّدة لباً بمالكيته لا محالة .

وكذلك تنتهي الإباحة بموت المبيح أو المباح له لانتقال المال إلى الورثة في الأوّل فينتفي موضوع الإباحة ـ كما ذكرنا ـ وكون الإباحة للمباح له بالخصوص لا لورثته في الثاني فلا موضوع لجواز تصرّفهم . وقد تقدّم انّ الإباحة حتى العقدية والمعوّضة لا توجب انتقال مال أو حق إلى المباح له لكي ينتقل إلى وارثه بموته أو

يكون خارجاً عن تركة المبيح .

وأمّا انتهاء الإباحة برجوع المبيح عن الإباحة فمبني على القول بعدم لزوم الإباحة حتى العقدية وضعاً ، وقد تقدم البحث عنه مفصلاً .

وأمّا جنون المبيح فهل يوجب انتهاء الإباحة ـ كما في العقود الاذنية ـ أم لا ؟ الصحيح هو التفصيل بين فرض القول بلزوم الإباحة المعوّضة وضعاً وعدم لزومها .

ففي الفرض الثاني تنتهي الإباحة بجنون المبيح لزوال أهليّته فلا يكون بقاء اذنه ـ لو فرض ـ مؤثراً في الإباحة .

وفي الفرض الأوّل يمكن القول ببقاء الإباحة لكونها منشأ بعقد لازم في زمان أهليّة المالك فلا يضرّ ارتفاع أهليّته بعد ذلك لأنّ بقاء الإباحة غير مستند إلى إذنه ورضاه حال جنونه بل إلى العقد الحاصل في زمان عقله وأهليّته .

هذا كلّه في إباحة التصرّف والانتفاع ، وأمّا إباحة التملّك بالعوض فإن قيل بصحتها من باب كونه عقداً من عقود المعاوضة ولو بعد الأخذ والقبض للمال فحاله حال سائر عقود المعاوضة يكون مقتضى القاعدة فيها اللزوم وعدم الانتهاء برجوع أحد الطرفين ما لم يكن تقايل أو خيار . نعم قد يصح الرجوع قبل القبض وتحقق العقد كما انّ انتفاء الأهلية أو الملكية قبل ذلك رافع لموضوع العقد .

وأمّا إذا قيل بصحتها من باب التملّك بالأخذ والحيازة بعد إذن المالك أو اعراضه مشروطاً بالعوض فلا يجري فيه التقايل ولا الخيار عندئذٍ ، بل حاله حال سائر ما يملك بالأسباب القهريّة غير العقدية .

هذا آخر ما أردنا إيراده في الإباحة المعوّضة . والحمد لله أوّلاً وآخراً .



مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر

إنّ تحديد دائرة الضمان في المجالين الجنائي والمدني من الموضوعات المحورية في النظام الحقوقي . . والذي يشكّل رقماً صعباً في النظرية الإسلامية العامّة . . لذا فإنّ هذا البحث يعالج مسألة في غاية الحساسية والأهمّية . . وما أفاده سماحة السيّد الأُستاذ يعدّ انعطافاً في النظر المشهوري حول طبيعة موقف الشريعة تجاه حدود الضمان .. (التحرير)

مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر

يمكن أن نتناول البحث في ثلاث مسائل :

الأُولى : في ضمان الجاني ـ زائداً على الدية ـ أُجرة الطبيب ونفقات العلاج .

الثانية : في ضمانه ما يفوت على المجني عليه من معيشته وكسبه .

الثالثة : في ضمان نفقات المرافعة وإقامة الدعوى على الجاني . وهذا الفرع لايختص بالدعاوي الجنائية ، بل يجري في الدعاوي والمرافعات المدنية أيضاً . وسنبيّن ذلك مفصّلاً :

المسألة الأُولى :

قد يستظهر من كلمات الأصحاب ـ حيث سكتوا في موارد الدية عن ذكر غيرها ـ أنّ كل ما يضمنه الجاني إنّما هو الدية أو الأرش ، والدية هي الدية الكاملة ، وقد تطلق على كل مقدّر شرعي ، والأرش نسبة منها سواء كان مقدّراً شرعاً أو يقدّره القاضي بالحكومة ، إلّا أنّ هذا الاستظهار يمكن المناقشة فيه على ما سيأتي .

والمهم ملاحظة ما تقتضيه الأدلّة والقواعد . وينبغي البحث أولاً في ما هو مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن روايات تحديد الدية على كل جناية ، وأُخرى في ما يستفاد من مضامين تلك الروايات ، فالبحث في مقامين :

المقام الأول : في ما تقتضيه قواعد الضمان العامة في هذه المسألة :

قد يقال بالضمان وأنّ على الجاني أن يتحمّل خسارة علاج المجني عليه وبرئه ؛ وذلك استناداً إلى أحد الوجوه التالية :

الوجه الأول: التمسك بالسيرة العقلائية، حيث يقال بأنّهم يحكمون بضمان الجاني تمام الخسائر التي تقع على المجني عليه ومنها أُجرة الطبيب والعلاج.

وإن شئت قلت: إنّ وصف الصحة والسلامة والبرء من المرض أو الجرح من الأوصاف المرغوب فيها عقلائياً، بل المهمة عندهم، بل هي في الإنسان أهم منها في الأموال، فكما يكون الغير ضامناً لوصف الصحة في المال إذا تصرّف فيه أو أتلفه بغير إذن مالكه كذلك يكون ضامناً له في الإنسان إذا جنى عليه، ومقتضى ضمانه ذلك تحمّل نفقات البرء وقيمة العلاج. وهذا الارتكاز أو السيرة العقلائية لم يرد ردع عنها من الشارع فنستكشف إمضاءها لا محالة.

وفيه:

أولاً ـ ما ذكر من أهمية وصف الصحة في الإنسان بل هو أهم منه في الأموال لا شك فيه، إلّا أنّ هذا وحده لا يكفي للضمان ما لم يكن ذلك الأمر المرغوب فيه مالاً عند العقلاء. والعقلاء لا يعتبرون المالية للإنسان بالنسبة إلى نفسه وأوصافه وأعضائه، فإذا لم يكن وصف الصحة في الإنسان مضموناً لم يكن وجه لضمان نفقات العلاج وأُجرته.

وثانياً ـ لو سلّمنا ثبوت الضمان لوصف الصحة في الإنسان عقلائياً قلنا مع ذلك بأنّ إمضاء الشارع لذلك فرع عدم احتمال ردع عنه، فلو احتملنا أنّ ما جاء في روايات تحديد الدية والأرش تأسيس لطريقة شرعية جديدة لكيفية ضمان الجنايات وصحة الإنسان، فلا محالة يحتمل الردع بحيث لا يمكن الجزم بالإمضاء.

الوجه الثاني: إنّ الجاني يضمن ما يصرفه وينفقه المجني عليه على نفسه في سبيل العلاج باعتباره هو السبب في ذلك، والمجني عليه مضطرّ إلى صرفه وإنفاقه، فيصدق التسبيب للخسارة أو الضرر، والسبب في مثل ذلك أقوى من المباشر، فيكون ضامناً للمقدار اللازم إنفاقه للاستعلاج لا أكثر بقاعدة التسبيب.

مناقشة الوجه الثاني :

وقد يناقش في هذا الاستدلال كبرى وصغرى :

أما من حيث الكبرى ؛ فبأنّ التسبيب وضمان السبب مع كون الفعل صادراً من المباشر بالاختيار أمر على خلاف القاعدة لا يمكن قبوله إلّا في الموارد الخاصة التي قام فيها الدليل عليه .

وأما من حيث الصغرى ؛ فلأنّ كبرى التسبيب لو سلّمت فهي إنّما تنفع في موارد إتلاف المال أو إفساد الشيء الموجب لنقصه ، حيث يقال : إن كان المباشر له إنّما أفسده بسبب الغير وكان السبب أقوى كان عليه الضمان ؛ لأنّ استناد التلف إليه أقوى من استناده إلى المباشر ، ومن الواضح أنّ هذا فرع صدق الإتلاف أو الإنقاص ، وهو لا يصدق في المقام ؛ إذ لا يكون صرف المال للاستعلاج إتلافاً له لينفعه التسبيب .

وإن شئت قلت : إنّ قاعدة التسبيب توسّع من موضوع قاعدة من أتلف وتعيّنه في السبب الأقوى دون المباشر ، وليست قاعدة بحيالها ، فلا بدّ وأن يصدق إتلاف المال أو العضو أو النفس لكي يثبت الضمان بالتسبيب ، وهذا لا يصدق في المقام .

ردّ هذه المناقشة :

إنّ كلتا المناقشتين ـ الكبروية والصغروية ـ يمكن الإجابة عنهما :

أما الأولى : فبأنّ كبرى التسبيب يمكن إثباتها تارة بسيرة العقلاء الممضاة شرعاً ، وأُخرى باستفادتها من مجموع الموارد الكثيرة التي ثبت فيها حكم الشارع بضمان السبب دون المباشر ، وذلك بعد إلغاء خصوصية كل مورد عرفاً ؛ لتنوّعها وعدم اختصاصها بباب دون باب ، وقد وردت في عدّة موارد ؛ فإنّ جملة من هذه ـ الروايات وأكثرها صحيحة السند ـ واردة في باب ضمان شاهد الزور للصداق أو للدية أو لما أتلفه الشاهد من المال الذي شهد عليه :

منها ما يلي :

١ ـ إبراهيم بن نعيم الأزدي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته. قال: فقال: يقتل الرابع [الراجع] ويؤدّي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية [١].

٢ ـ إبراهيم بن عبدالحميد عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلّقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ، ويضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل [٢].

٣ ـ محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه» [٣].

وجملة منها واردة في مَن حفر بئراً في طريق المسلمين أو نصب ميزاباً عليه فأضرّ بالمارّة.

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البئر جُبار، والعجماء جُبار، والمعدن جُبار» [٤].

وجملة منها واردة في ضمان من دعا أو أذن لشخص في دخول بيته فعقره كلبه [٥].

وبعضها وارد في ضمان المولى إذا جنى عبده الراكب دابّته [٦].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٤٠، ب١٢ من الشهادات، ح٢.

(٢) المصدر السابق: ٢٤١، ب١٣ من الشهادات، ح١.

(٣) المصدر السابق: ٢٣٩، ب١١ من الشهادات، ح١.

(٤) المصدر السابق: ٢٠٢، ب٣٢ من الديات، ح٢.

(٥) المصدر السابق: ١٧٩ ـ ١٨٢، ب٨ من الديات، ح١ ـ ٤.

(٦) المصدر السابق: ١٨٩، ب١٦ من الديات، ح١.

وبعضها وارد في ضمان من أفزع شخصاً فنفَر من دابّته أو من شاهق [١].

وبعضها وارد في ضمان المرأة دية الرجل الأجنبي إذا أدخلته على نفسها فقتله الزوج [٢].

وبعضها وارد في ضمان المستغيث لما جناه المغيث في طريقه من غير عمد [٣].

إلى غير ذلك من الموارد.

فمن يلاحظ مجموع هذه الموارد المتنوّعة يشرف على القطع أو الاطمئنان بأن لا خصوصية لكل مورد، وإنّما هذه الروايات كلّها تشير إلى مطلب واحد وكبرى كلّية هي أنّ إرادة المباشر إذا كانت مقهورة لجهل أو اضطرار أو إلزام قانوني وكان للسبب الدور الفاعل والمؤثّر خارجاً وعملاً كان استناد النتيجة إلى السبب أقوى وآكد، وكان ضمانه أولى عند الشارع كما هو كذلك عند العقلاء، بل وجود السيرة أو الارتكاز العقلائي بنفسه يخلع على هذه الروايات ظهوراً في إمضاء نفس النكتة العقلائية بإطلاقها وفي تمام الموارد.

بل مثل صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» [٤]، ومعتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان بأنّ زوجها مات، فتزوّجت ثم جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحدّ، ويضمنان المهر لها عن [بما غرّا]

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٨، ب١٥ من الديات، ح١ و٢.

(٢) المصدر السابق: ٤٥، ب٢٣ من قصاص النفس، ح٣.

(٣) المصدر السابق: ١٩٧، ب٢٨ من الديات، ح١.

(٤) المصدر السابق: ٢٣٩، ب١١ من الشهادات، ح٢.

الرجل ثم تعتدّ وترجع إلى زوجها الأول »[١] ظاهران في أنّ هذا الحكم ليس من باب التعبّد ؛ بل لصدق الإتلاف والاستناد إلى السبب إذا كان في البين تغرير للمباشر ، وهذا بمثابة التعليل الذي يستفاد منه التعميم وعدم الاختصاص بالمورد . فكبرى التسبيب في موارد مقهورية إرادة المباشر لجهل أو اضطرار أو أداء تكليف وواجب شرعي عليه أو نحو ذلك لا ينبغي إنكارها .

وأما المناقشة الصغروية : فيمكن دفعها بأنّ ما هو المعيار عند العقلاء ليس تلف المال وانعدامه ، بل ذهاب ملكيته ؛ أي خسارة المالك ونقصان ماله بحسب النتيجة سواءً كان بالإتلاف للمال خارجاً أو بأخذ الغير له أو بلزوم دفعه وصرفه اضطراراً ، فالميزان ذهاب المال عنه ونقصانه منه بحسب النتيجة ، وقد تشعر بذلك صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : « يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف ، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه »[٢] . إلّا أنّ الإنصاف أنّ عنوان ذهاب المال وخسارته غير صادق هنا أيضاً ، بل بابه باب الاستيفاء والانتفاع بالمال في العلاج ؛ وإلّا لزم ورود النقض بسائر موارد انتفاع الإنسان وصرفه لماله على نفسه بسبب الغير ، مع أنّه لا يحكم فيها بالضمان .

الوجه الثالث : التمسّك بقاعدة عقلائية أُخرى ممضاة شرعاً ؛ هي وجوب ردّ حق الغير إليه سواءً كان حقاً مالياً أم غير مالي ، وفي المقام حيث إنّ من حقوق الغير وشؤونه سلامته وبرءه من المرض ، والتي سلبها منه الجاني بجنايته ، فيجب عليه ردّها إليه ولو بتحمّل نفقات علاجه ، وإن شئت عبّرت عن هذا بضمان العهدة ووجوب ردّ كل ما من شؤون الغير وأُموره إليه ولو لم يكن مالاً ، كما يجب رفع كل

(١) الوسائل ١٨ : ٢٤٢ ، ب١٣ من الشهادات ، ح٢ .

(٢) المصدر السابق : ٢٣٨ ، ب١١ من الشهادات ، ح١ .

نقص أو ضرر أوقعه عليه ولو لم يكن ضرراً مالياً .

مناقشة الوجه الثالث :

إنّ هذا الوجه لا ينفع لإثبات ضمان نفقات العلاج واشتغال ذمة الجاني بها للمجني عليه إذا فرض حصول البرء بإنفاقه على نفسه ورجوع سلامته إليه ، وإنّما يثبت مجرّد الحكم التكليفي بوجوب الإنفاق عليه للعلاج إذا لم يكن من ينفق لعلاجه ، نظير وجوب النفقة لغير الزوجة ، نعم للحاكم الشرعي إجباره على الإنفاق إذا لم يكن من ينفق .

الوجه الرابع : التمسّك بقاعدة لا ضرر ؛ بتقريب أنّ عدم ضمان الجاني نفقات العلاج حكم ضرري وإجحاف بالمجني عليه ، فيكون منفياً بالقاعدة ، فيثبت ضمان الجاني لها ، نظير إثبات الخيار بالقاعدة في موارد الغبن والعيب .

مناقشة الوجه الرابع :

أولاًـ إنّ هذا تدارك للضرر وليس نفياً له ؛ لأنّه قد حصل بفعل الجاني على كل حال ، وقد تقرر في محلّه أنّ القاعدة لا تُثبت التدارك ؛ لأنّها تنفي مطلق الضرر ، لا الضرر غير المتدارك . نعم ، يمكن تبديل القاعدة ببعض الروايات التي قد يستفاد منها أنّ الإضرار موضوع للضمان ، من قبيل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : «كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن لما يصيبه» ، ومعتبرة الكناني : «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن »[1] ؛ فإنّ ظاهرهما أنّ الإضرار ملاك وموضوع للضمان ، وإضافته إلى الطريق باعتبار العابرين فيه ، لا باعتبار نفس الطريق ، كما لا يخفى .

وثانياً ـ إنّ الضرر عبارة عن النقص في مال أو حق ، وبناءً عليه أنّ فرض صدق الضرر على تقدير عدم الضمان بلحاظ نقصان وصف الصحة ، فهو فرع أن يكون

---

(١) الكافي ٧ : ٣٤٩ ، ح٢ و٣ .

وصف الصحة مالاً أو إرجاعه حقاً ثابتاً على الجاني في المرتبة السابقة ، وهو رجوع إلى أحد الوجوه السابقة ، ومعه لا يحتاج إلى قاعدة لا ضرر ، وإن كان بلحاظ ما يخسره من المال في نفقة العلاج فمن الواضح أنّ النقص الحاصل فيه يكون بفعل المجني عليه ، لا بفعل الجاني ؛ لأنّه المباشر لذلك ، إلّا أن نرجع إلى قاعدة التسبيب ، وهو الوجه الثاني المتقدم ، وقد عرفت الإشكال فيه .

وثالثاً ـ إنّ ثبوت الضمان على الجاني أيضاً حكم ضرري عليه ، فيكون من تعارض الضررين . ودعوى أنّه مقدم عليه فرع ثبوت الضمان عليه في المرتبة السابقة ، كما لا يخفى .

الوجه الخامس : ـ وهو تطوير للوجه الأول ـ وحاصله : أنّ الجاني يضمن وصف الصحة والسلامة للمجني عليه ؛ وذلك لأنّ الصحة في الإنسان وإن لم تكن وصفاً لمال إلّا أنّ عدم المالية تارة يكون لعدم المنفعة في الشيء وكونه تافهاً كالحبة من الحنطة أو الخنفساء ، وفي مثله لا ضمان في إتلافه ؛ إذ لا مالية له ولا قيمة ، وأُخرى يكون عدم اعتبار المالية في شيء لشرافته وأهميته أو كونه ألصق بالإنسان من المال كذمّة الإنسان وأعماله بالنسبة إلى نفسه ، فإنّه لا تجعل الملكية الاعتبارية لها بالنسبة إلى الإنسان نفسه ، وإنّما تجعل الملكية فيها للغير حينما يبيع الإنسان شيئاً في ذمته أو يؤجر نفسه على عمل للغير فيملك الغير ذمته أو عمله ، وإن شئت قلت : إنّ الإنسان مالك بالملكية التكوينية أو الذاتية لنفسه وعمله ، وهي مرتبة من الملكية أعلى وأشرف من الملكية الاعتبارية ، فيكون جعلها له لغواً عقلائياً وشرعاً .

وعلى هذا الأساس يقال : بأنّ إتلاف وصف الصحة أو أي إنقاص لعضو من أعضاء الإنسان أو منافعه موجب للضمان بهذا المعنى ، حيث لا يشترط فيه أكثر من كون الشيء التالف مرغوباً فيه ومطلوباً عند العقلاء وأن يكون مملوكاً لصاحبه أو راجعاً إليه ولو بالملكية التكوينية أو الذاتية ، ولا يشترط خصوص الملكية

الاعتبارية ، فيجب إرجاع وردّ وصف الصحة إليه ، ويقال بأنّ ذلك عرفاً يكون بعلاجه ؛ فإنّ ردّ كل شيء بحسبه .

مناقشة الوجه الخامس :

وهذا الوجه لا يثبت ضمان نفقات العلاج بالخصوص ، وإنّما يثبت ضمان قيمة وصف الصحة . نعم قد تكون قيمتها مساوقة أو مقاربة مع نفقات العلاج اللازمة .

كما أنّه يرد عليه ما ذكرناه من الإشكال في التعليق الثاني على الوجه الأول ، مضافاً إلى إمكان منع ثبوت الضمان بمعنى العهدة حتى عند العقلاء لمثل وصف الصحة ، وإنّما القدر المتيقّن منه في الأعيان وأوصافها ولو لم تكن مالاً ، فمن يأخذ حبة حنطة أو بقايا الكوز المكسور من أحد يجب عليه ردّه ولو لم يكن مالاً ، ومن أخذ من الغير مكان آخر بلا إذنه يجب عليه ردّه إلى مكانه وإن لم تتفاوت ماليته بذلك ، أمّا في مثل وصف الصحة ونحو هذا ممّا يرجع إلى شؤون الحرّ وأعراضه الإنسانية لا المادية أو المالية فثبوت الارتكاز المذكور فيه محل إشكال أو منع ، ولا أقل من الشك ؛ فإنّه يكفي لعدم إمكان التمسك بالدليل اللبّي .

الوجه السادس : إنّ الجاني قد فوّت على المجني عليه نفقات العلاج ؛ إذ لولا جنايته لما كان يقع في ذلك ولما كان يخسر ، فيكون الجاني ضامناً بملاك التفويت ، نظير ما يقال في حبس الحرّ الكسوب من ضمان أُجرة عمله وكسبه .

مناقشة الوجه السادس :

إنّ عنوان التفويت لم يدلّ دليل على كونه موجباً للضمان وإن ذكره السيد اليزدي ﰀ في العروة كثيراً [١] ، وإنّما موضوع الضمان الإتلاف أو اليد ، وكلاهما مفقود في المقام ، على أنّ صدق التفويت مع كون الإنفاق على العلاج صدر باختيار المجني عليه ورغبته محل إشكال بل منع .

---

(١) انظر : العروة الوثقى ٢ : ٥٨٩ ، أحكام الإجارة ، م٣ . ط/ الأعلمي .

الوجه السابع : التمسّك بالسيرة العقلائية ابتداءً لإثبات ضمان الجاني نفقات العلاج وأجر الطبيب بدعوى أنّه لا إشكال في ذلك عندهم ؛ ولهذا نجد القوانين الوضعية اليوم تحكم بضمان الجاني جميع النفقات اللازمة عادة لعلاج الجناية الصادرة منه ، ومن المستبعد أن تكون هذه السيرة مستحدثة ، بل جذورها ونكاتها ارتكازية ثابتة من أول الأمر ، فنستكشف من عدم ثبوت ردع عنها إمضاء الشارع لها .

ولعلّ هذا الوجه أحسن الوجوه وأسلمها عن الإشكال ، إلّا أنّ تماميته تتوقّف على أن لا نستظهر من أدلّة تحديد الدية والأرش في الشريعة جعل الدية بدلاً عن كل ما يراه العقلاء من الضمان وأنّ تمام ما يستحقه المجني عليه إنّما هو مقدار الدية أو الأرش لا غير . وعلى هذا الأساس لا بدّ من الانتقال إلى المقام الثاني من البحث لنرى ما يستفاد من روايات الدية والأرش من هذه الناحية .

المقام الثاني : في ما يستفاد من روايات الدية والأرش :

ولا شك في دلالتها على ضمان الدية وتحديدها بالمقدّرات الشرعية أو بما تقدّره الحكومة (حكومة العدل) ، كما لا إشكال في أنّها ـ على كثرتها وتعرّضها للتفاصيل وجزئيات دية كل عضو عضو وكل كسر أو جرح بأقسامها ومراتبها المتعدّدة ـ قد سكتت عن ضمان نفقات العلاج وأجر الطبيب ، ومن هنا قد يستظهر من هذا السكوت العام فيها نفي ضمان شيء زائد على ما ذكر فيها من الدية أو الأرش ، وإلّا لكان ينبغي أن يُذكر ذلك ولو في بعضها .

وقد يجاب عن ذلك : بأنّ الديات أو الأرش إنّما هي ضمان ما يحصل من النقص في العضو أو في منفعته أو الشيء الحاصل بسبب الجناية في البدن ، وهذا مطلب آخر مستقل عن ضمان علاج المجني عليه وإرجاع السلامة والبرء إليه سواء بقي فيه نقص أو شين أم لا ، فالروايات ناظرة إلى تحديد ما يضمنه الجاني بسبب النقص أو الشين ، لا الجهات الأُخرى ، كما إذا أدّت الجناية إلى تلف مال المجني عليه من

تمزيق ثوبه أو عطب دابّته ، فالسكوت عن بيان ضمان قيمتها لا يدلّ علىٰ نفي الضمان لها ؛ لأنّها ليست في مقام البيان إلّا من هذه الناحية ، فلا يمكن أن يستفاد منها ما هو على خلاف مقتضى القاعدة . فإذا فرغنا في المقام السابق عن ثبوت مقتضي الضمان لأجر الطبيب ونفقات العلاج ـ مع قطع النظر عن النقص الحاصل بالجناية ـ لم يكن في هذه الروايات وسكوتها عن التعرّض لضمان العلاج ما ينافي ثبوته . إلّا أنّ هذا البيان غير تام ؛ وذلك :

أولاً : لأنّ جملة من روايات الدية واردة في ما لا نقص فيه ولا شين ، حيث قرّرت الدية أو الأرش في ما إذا برىء الجرح أو الكسر من غير عثم ـ وهو انجبار العظم على غير استواء ـ أو شين ، ممّا يعني أنّ الدية أو الأرش المقرّر فيه ليس من أجل النقص أو الشين الحاصل بسبب الجناية ؛ وإلّا لم يكن موجب له في مثل ذلك ، فلابدّ وأن تكون الدية في ذلك بلحاظ ما تستوجبه الجناية من الضمان على الجاني ، فإذا كانت مقتضية لضمان نفقة العلاج أيضاً كان يلزم ذكره وعدم السكوت المطبق عنه .

وثانياً : لظهور جملة من الروايات في أنّها بصدد بيان تمام ما على الجاني بالجناية من الغرامة ، لا خصوص ما يقابل النقص . ففي معتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل قطع ثدي امرأته قال : إذن أُغرّمه لها نصف الدية » [١] .

وفي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « السنّ إذا ضربت انتظر بها سنة ، فإن وقعت أُغرم الضارب خمسمئة درهم ، وإن لم تقع واسودّت أُغرم ثلثي ديتها » [٢] . فإنّه إذا كان يغرم الجاني شيئاً زائداً على الدية كان ينبغي إضافته إليها

(١) الوسائل ١٩ : ٢٧٠ ، ب٤٦ من الديات ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٦٦ ، ب٤٠ من الديات ، ح١ .

في ما أغرمه الإمام .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فقأ عين امرأة ، فـقال : « إن شاءوا أن يفقأوا عينه ويؤدّوا إليه ربع الدية ، وإن شاءت أن تأخذ ربع الدية . وقال ـ في امرأة فقأت عين رجل ـ: إنّه إن شاء فقأ عينها وإلّا أخذ دية عينه » [١] . فـإنّ جعل ما يأخذه من الجاني في قبال القصاص ظاهر في أنّ تمام ما يستحقه المجني عليه على تقدير عدم القصاص إنّما هو الدية لا أكثر .

وفي صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد جرح حرّاً ، قال : « إن شاء الحرّ اقتصّ منه ، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحة تحيط برقبته ، وإن كانت لا تحيط برقبته افتداهُ مولاه ، فإن أبى مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجروح [حقه] من العبد بقدر دية جراحه والباقي للمولى ، يباع العبد فيأخذ المجروح حقه ويردّ الباقي على المولى » [٢] . فإنّ الاقتصار على أن تكون دية جراحته تحيط برقبة العبد بلا احتساب نفقة العلاج ، بل وتصريح الذيل بأنّ حق المجني عليه مـن قـيمة العـبد الجاني بقدر دية جراحه ، كالصريح في عدم ضمان شيء زائد على الدية .

هذا ، ولكن مع ذلك كلّه يمكن أن يقال بأنّ قصارى ما يستفاد من السكوت عن ضمان نفقات العلاج في مجموع هذه الروايات إنّما هو نفي ضمان العلاج زائداً على الدية والأرش ، وأما ضمانه ضمنها بنحو التداخل فلا يمكن نفيه بهذا السكوت ؛ لأنّ نفقات العلاج اللازمة للبرء في ذلك الزمان كانت عادة أقلّ بكثير من الدية ، فلعلّ السكوت عنها كان من جهة استيعاب الدية لها وزيادة ، فيبقى مقتضي الضمان لها تامّاً ، والنتيجة تظهر في المورد الذي تكون نفقة العلاج فيه أكثر من الأرش أو الدية المقرّرة ، كما في بعض الحالات في أزمنتنا ، فيثبت ضمان أعلى الحدّين من الدية أو

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٢٤ ، ب٢ من قصاص الطرف ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ١٢٤ ، ب٣ من قصاص الطرف ، ح١ .

نفقة العلاج اللازمة للبرء .

وممّا يمكن أن يستدلّ به على هذا المطلب ما ورد في معتبرة غياث عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام قال : « ما دون السمحاق أجر الطبيب » (١) .

فإنّ ظاهرها أنّ الجرح إذا كان دون السمحاق ـ وهو الجلد الرقيق على العظم ـ أي لم يبلغ هذا المبلغ ففيه ضمان أجر الطبيب ، مما يدلّ على ثبوت الضمان لأجر الطبيب ، إلّا أنّ ذلك ـ باعتبار قلّته وضآلته ـ كان أقلّ من الأرش المقرّر للمراتب الأُولى من الجراحات كالسمحاق التي فيها أربع من الإبل ، فعدم ذكره كان من جهة التداخل واستيعاب الأرش ـ فضلاً عن الدية ـ له .

وما ورد في بعض الروايات الأُخرى من إثبات الأرش في الباضعة بثلاث من الإبل ـ وهي دون السمحاق ، كما في صحيح زرارة وفي رواية منصور بن حازم (٢) ـ لا يوجب سقوط أصل دلالة معتبرة غياث ، بل غايته تقييد إطلاقها بما يكون دون السمحاق ودون الباضعة ، فتبقى دلالة المعتبرة على أصل ضمان الجاني نفقة الطبيب والعلاج حجة ، وتكون هذه الرواية صالحة لتفسير ذلك السكوت في سائر الروايات بما ذكرناه من التداخل .

ويمكن أن يستأنس لضمان نفقة العلاج بما ورد في روايات حدّ السرقة من أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يأمر بعلاج من قطعت يده في السرقة من بيت المال حتى يبرأ ، فراجع صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين قد سرقا من مال الله أحدهما عبدَ مال الله والآخر من عرض الناس ، فقال: أمّا هذا فمن مال الله ليس عليه شيء ، مال الله أكل بعضه بعضاً ، وأمّا الآخر فقدّمه وقطع يده ، ثمّ أمر أن يطعم اللحم والسمن حتى برئت

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح١٧ .

(٢) المصدر السابق : ٢٩٣ ، ح١٤ .

يده »[١] ، ورواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « أُتي أمير المؤمنين عليه السلام بقوم لصوص قد سرقوا فقطع أيديهم من نصف الكفّ وترك الإبهام ولم يقطعها ، وأمرهم أن يدخلوا إلى دار الضيافة ، وأمر بأيديهم أن تعالج فأطعمهم السمن والعسل واللحم حتى برئوا ، فدعاهم فقال: يا هؤلاء إنّ أيديكم سبقتكم إلى النار ، فإن تبتم وعلم الله منكم صدق النيّة تاب عليكم وجررتم أيديكم إلى الجنّة ، فإن لم تتوبوا ولم تقلعوا عمّا أنتم عليه جرّتكم أيديكم إلى النار »[٢] ، والحارث بن حضيرة قال : « مررت بحبشي وهو يستقي بالمدينة فإذا هو أقطع ، فقلت له: من قطعك ؟ قال: قطعني خير الناس ، إنّا أُخذنا في سرقة ونحن ثمانية نفر ، فذهب بنا إلى عليّ بن أبي طالب عليه السلام فأقررنا بالسرقة ، فقال لنا: تعرفون أنّها حرام ؟ فقلنا: نعم ، فأمر بنا فقطعت أصابعنا من الراحة وخلّيت الإبهام ، ثمّ أمر بنا فحبسنا في بيت يطعمنا فيه السمن والعسل حتى برئت أيدينا ، ثمّ أمر بنا فأُخرجنا ، وكسانا فأحسن كسوتنا ، ثمّ قال لنا: إن تتوبوا وتصلحوا فهو خير لكم يلحقكم الله بأيديكم في الجنّة ، وإلّا تفعلوا يلحقكم الله بأيديكم في النار »[٣] ، وغيرها ؛ فإنّ هذه الروايات وإن كانت متكفّلة لحدّ السرقة والجراحة الحاصلة من إجرائه لا الجناية ، إلّا أنّ ظاهر أمر الإمام فيها بالعلاج من بيت المال لزومه ، فقد يستظهر من أنّ علاج المقطوع بالسرقة وبرءه مضمون على بيت المال ، وعندئذٍ يقال بأنّ العلاج إذا كان مضموناً في الجرح الحاصل بحق ـ وهو إجراء الحدّ الإلهي ـ فالضمان في مورد الجناية بغير حق على الجاني آكد وأولى .

ونستخلص من مجموع ما تقدّم : أنّ المقتضي لضمان نفقات العلاج في نفسه

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥٢٧ ، ب٢٩ من حدّ السرقة ، ح٤ .

(٢) المصدر السابق : ٥٢٨ ، ب٣٠ من حدّ السرقة ، ح٢ .

(٣) المصدر السابق : ح١ .

يمكن تتميمه بأحد الوجوه السبعة المتقدّمة ، والتي كل واحد منها ـ لو تمّ ـ يشير إلى نكتة خاصة للضمان غير الأُخرى ، وقد تختلف عنها في الآثار والنتائج .

وتوضيح ذلك : أنّ هذه الوجوه على قسمين ، فالوجه السابع يقرّب فيه الضمان لنفقة العلاج بالسيرة العقلائية ابتداءً من دون إرجاعها إلى قاعدة كبروية عقلائية أو شرعية أُخرى ، بينما الوجوه الأُخرى تقرّب الضمان بإرجاعه إلى كبرى أُخرى كقاعدة الإتلاف أو التسبيب أو التفويت أو الإضرار .

وهذا يتضمّن بعض الفروق بين هذه الوجوه :

منها ـ أنّ الوجه السابع بالإمكان إرجاعه إلى أحد التطبيقات للقواعد العقلائية الأُخرى المبيّنة في سائر الوجوه ـ لو تمّ شيء منها ـ بحيث لا يكون وجهاً مستقلاًّ في قباله ، بل يكون ذلك الوجه تفسيراً وتحليلاً له ، فالوجه السابع إنّما تصل النوبة إليه إذا فرض عدم الجزم بتلك التطبيقات .

ومنها ـ أنّ الوجه الثالث يختلف عن سائر الوجوه في أنّ مفاده ـ لو تمَّ ـ إثبات ضمان العهدة ؛ بمعنى وجوب ردّ وصف الصحة للمجني عليه ولو من باب أنّ علاجه يعتبر عرفاً نحو استرداد لما سلب عنه ، ويدّعى أنّ وجوب الردّ ثابت في تمام الأوصاف والشؤون الراجعة للغير ولو لم تكن أموالاً ولا مؤثرة في المالية ، ومن هنا حكموا بوجوب ردّ ما يؤخذ من الغير ممّا لا مالية له ، بل حكموا بأنّ من نقل متاع الغير إلى مكان آخر بلا إذنه وجب عليه ردّه إلى مكانه الأول ولو لم تتفاوت قيمته أو كانت قيمته في المكان الثاني أكثر ، وهذا المقدار لا يثبت الضمان ـ بمعنى اشتغال الذمة لو لم يردّه ـ ما لم نضمّ نكتة أُخرى ممّا في سائر الوجوه .

إلّا أنّ هذا لا يعني عدم جدوى هذا الوجه لو تمّ ، بل فيه فائدتان :

إحداهما : أن يثبت مطلباً زائداً على شغل الذمة بنفقة العلاج ـ لو ثبت ذلك بأحد الوجوه الأُخرى ـ وهو وجوب قيام الجاني به ، ومنه يعرف أنّ هذا الوجه يجتمع مع تمام تلك الوجوه .

لا يقال : مبنى هذا الوجه إمكان ردّ وصف الصحة إلى المجني عـليه ، ومـبنى الوجوه الأُخرى أو بعضها على الأقلّ إتلافه وتفويته ، فلا يمكن الجمع بينهما .

فإنّه يقال : الجمع بينهما يكون بملاحظة أنّ العرف يرى أنّ مقداراً مـن وصـف الصحة وهو أصل البرء من الجرح يمكن استرداده ، فيجب على الجاني القيام به ، والزائد ـ كما إذا كان هناك عيب أو نقص أو حصل العلاج بإنفاق المجني عليه على نفسه وخسارته للمال في سبيل ذلك ـ يكون مضموناً أيضاً وضـعاً عـلى الجـاني بالإتلاف أو التسبيب ، فكلا الحكمين التكليفي والوضعي قابل للجمع لو تمّ صدق الإتلاف أو التسبيب بالنسبة لما يفوته من الصحة الكاملة أو المال الذي ينفقه فـي العلاج مع وجوب القيام بمسؤولية أصل العلاج والبرء من الجرح تكليفاً ؛ لإمكانه ، فلا تهافت في مبنى هذا الوجه مع سائر الوجوه .

والفائدة الثانية : أنّ هذا الوجه لو تمّ ـ من دون أن يتمّ شيء من الوجوه الأُخرى للضمان ـ أمكن للحاكم إجبار الجاني على القيام بالمعالجة . بل يمكن دعوى أنّه لو امتنع قام الحاكم به وأخذ نفقته من الجاني ؛ لأنّ كل عمل يجب على المكلّف من أجل الغير ويكون الغرض منه حصوله خارجاً ولو من غير مباشرة ذلك المكـلّف أمكن للحاكم القيام به ـ على تقدير امتناع المكلّف الواجب عليه ـ وتضمينه نفقة ذلك ؛ لأنّه ولي الممتنع .

ومـنها ـ أنّ الإتلاف أو التسبيب أو الإضرار تارة يطبّق على ما يفوت المـجني عليه من المال لعلاج نفسه فلا يثبت بذلك أكثر من ضمان نفقة العلاج ، وأُخـرى يطبّق على وصف الصحة الزائلة بالجناية فيكون الضمان عـندئذٍ أكـثر مـن ذلك ، خصوصاً إذا فرض حصول عيب أو نقص في البدن حتى بعد البرء .

ثم إنّه لا ينبغي التشكيك في تمام الوجوه السـابقة وإنكـارها جـميعاً ؛ إذ مـن المطمأنّ به أنّه لولا أدلّة الديات الثابتة في شريعتنا كان العرف أيضاً يحكم بضمان مال في قبال الجناية الواقعة على المجني عليه كتعويض عن ذلك ، فإنّ أصل هذا

ممّا لا ينبغي إنكاره ، بل ينقل المؤرخون أنّ فكرة الدية كـتعويض عـن القـتل أو الجرح كانت سائدة في المجتمعات البشرية قبل الإسلام وكذلك في المـجتمعات التي لم تدخل في الإسلام ، كما أنّ فكرة التعويض بل وتحمّل نفقات العلاج مـمّا تلتزم به القوانين الوضعية اليوم في العالم بحيث يعدّ المنكر لذلك ظالماً وخارجـاً على مبادىء العدل والحق . ومن غير المحتمل أن تكـون الديـة عـقوبة صـرفة ، كيف ؟ ! وتثبت في موارد الخطأ المحض ، بل والتسبيب ، ففيها جنبة التعويض جزماً عند العرف ، كما يستفاد ذلك من ألسنة الروايات التـي عـبّرت بـالضمان أو التـي جمعت بين ضمانها وضمان المال في سياق واحد وبموجب واحد .

فإذا ثبت ضمان الجاني في جميع الأعراف العقلائية لمال يعطى للمجني عليه أو وليه كتعويض عما أصابه من الجناية ، فمن المطمأنّ به أنّ هذا التعويض لا يكون أقلّ من نفقة العلاج اللازمة والضرورية للبرء إذا كانت الجناية دون النفس ، فإنّ هذا أقل ما يستحقه المجني عليه من الجاني إذا كان هناك استحقاق .

وهذا يعني أنّ أصل تمامية المقتضي لضمان نفقة العلاج ولو ضمن مـا يـضمنه الجاني في مقام التعويض المالي عن الجناية ممّا لا يمكن إنكـاره ، وإنّـما يـنبغي البحث عن أنّ روايات الدية هل يستفاد منها ما ينافي ذلك باعتبار مـا فـيها مـن السكوت عن ذكر ضمان نفقات العلاج التي كانت موجودة سابقاً أيضاً أم لا ؟

وقد ذكرنا أنّه إن أُريد ضمان نفقة العلاج زائداً على الدية ومجتمعاً معها فهذا قد يمكن دعوى ظهور سكوت الروايات ـ ولو في جملة منها أشرنا إلى طوائف ثلاث منها ـ في نفيه ، وأمّا لو أُريد ضمان نفقة العلاج ضمن الدية وبنحو التداخل بحيث يكون اللازم أعلى الحدّين من مقدار الدية ونفقة العلاج اللازمة عادةً وعرفاً فهذا ما لا يمكن نفيه بالسكوت المذكور في الروايات أولاً ، بل يدلّ عليه مـعتبرة غـياث ثانيـاً .

والوجه فيه : أنّ الدية حتى بمراتبها الأولية في باب الجروح كـانت أكـثر فـي

السابق من نفقة العلاج اللازم والمتعارف آنذاك ، حيث لم يكن العلاج بالأجهزة المتطوّرة وما تقتضيها اليوم من النفقات الكثيرة ، فلعلّ السكوت في تلك الروايات من أجل اشتمال الدية حتى بأقلّ مراتبها واستيعابها لنفقة العلاج ، وحيث لا توجد دلالة لفظية على عدم ضمان نفقة العلاج ـ وإنّما غايته السكوت ـ فمع مجيء هذا الاحتمال لا تحصل دلالة على نفي ضمان النفقة الزائدة على الدية في أزمنتنا إذا اتفقت في مورد جرح أو كسر معين وكانت نفقة لازمة لا بدّ منها عادةً ، هذا لو لم ندّعِ انصراف روايات الدية إلى ضمان قيمة العيب أو النقص أو ألم الجرح والكسر فقط ، لا سائر الجهات التي تقتضيها الجناية من الضمان بملاك الإتلاف أو التسبيب أوالإضرار ، فكما لا يمكن أن نستفيد من السكوت المذكور نفي ضمان ما يتلفه الجاني بجنايته من أموال المجني عليه كثوبه الذي عليه إذا خرقه مثلاً ، كذلك لا يمكن أن ننفي به ضمان الطبيب والعلاج ؛ لأنّه من ذاك الباب ، أي من قبيل ضمان الحال لا النفس ، ومع عدم انعقاد دلالة على نفي ضمان أعلى الحدّين تكون السيرة العقلائية بأحد التقريبات المتقدّمة ـ والتي قلنا إنّه لا يمكن إنكار أصلها ـ تامةً ومثبتة لضمان أعلى الحدّين ؛ أي ضمان مقدار الدية المقرّر بالأدلّة الشرعية وضمان المقدار الزائد عليها لو فرض لزومه للعلاج اللازم بالقاعدة العقلائية الممضاة شرعاً .

لا يقال : هذا المقدار لا يكفي ، بل لا بدّ من إثبات الإمضاء ، ومع احتمال أن يكون السكوت ـ في روايات الدية والأرش ـ عن ذكر نفقة العلاج من جهة الاقتصار على الدية المقرّرة وأنّها تمام ما يضمنه الجاني ، فلا محالة نحتمل الردع وعدم الإمضاء للسيرة العقلائية ، وما هو الحجة لنا نظر الشارع ورأيه ، لا نظر العقلاء وآراؤهم .

فإنّه يقال : يكفي في استكشاف الإمضاء عدم وجود ما يصلح للرادعية ، ومن الواضح أنّ السكوت المذكور لا يصلح للرادعية خصوصاً عن سيرة مستحكمة

وواضحة كما في المقام ، وإنّما يحتاج الردع عنها إلى بيانات واضحة وصريحة في الخلاف ، فمع عدم وجودها يقطع أو يطمأنّ بالإمضاء والقبول لها من قبل الشارع أيضاً .

هذا ، مضافاً إلى الدليل الثاني ، وهو التمسّك بمعتبرة غياث [١] الظاهرة بل الصريحة في أنّ أجر الطبيب أيضاً مضمون إذا كانت الجناية أقلّ من المراتب الأُولى ممّا قرّر فيه الأرش ، وحيث لا خصوصية في ما دون تلك المرتبة وما فوقها إلّا من ناحية التداخل في المراتب الأُخرى مع الدية ، فيمكن أن يستظهر منها إمضاء الشارع لأصل ضمان نفقة العلاج وأُجور الأطباء والمعالجين في نفسه بحيث لو زاد على الدية أو الأرش المقرّر ـ كما في بعض الحالات في أزمنتنا ـ ثبت ضمانه أيضاً ؛ لعدم الفرق في ملاك الضمان ، فهذه المعتبرة يمكن اعتبارها إمضاءً صريحاً لما عليه العقلاء من ضمان أجر العلاج في نفسه ، بل يمكن جعلها دليلاً شرعياً على ضمان أجر الطبيب مستقلّاً .

والنتيجة التي ننتهي إليها على ضوء ما تقدّم ضمان الجاني لأعلى الحدّين من الدية ونفقة العلاج اللازمة؛ فإنّ هذا المقدار يثبت بما تقدّم ، مع احتمال أن يكون حق المجني عليه ـ في صورة زيادة نفقة العلاج على الدية ـ أكثر من ذلك ؛ إذ يمكن أن يستظهر من أدلّة الدية أنّ العيب والشين والنقص في العضو أو المنافع بل نفس الإيلام الحاصل بالجناية أيضاً يوجب استحقاق المجني عليه التعويض المالي ، فلو جزمنا بهذا الاستظهار زائداً على ضمان نفقة العلاج أمكن دعوى الجمع بين نفقة العلاج والدية ولو في هذه الحالة ؛ بمعنى أنّه لابدّ وأن يبقى شين بإزاء العيب والشين والإيلام أيضاً زائداً على نفقة العلاج ، ويبقى بعد ذلك البحث عن كيفية تقدير ذلك ، والله الهادي للصواب .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح١٧ .

مراجعة جديدة للبحث

في إثبات ضمان نفقة العلاج مستقلّاً عن الدية لا بدّ من تتميم مقدمتين :

أُولاهما ـ إثبات المقتضي للضمان في نفسه .

الثانية ـ عدم استفادة المنع والردع من روايات تحديد الدّيات والأُروش ، بأن لا يستفاد منها أنّ ما حدّد فيها من الديات تعويض ومصالحة قانونية عن كلّ ما يستحقه المجني عليه بسبب الجناية .

المقدّمة الأُولى :

وإثبات المقدمة الأُولى تارة يكون بإقامة الدليل على اقتضاء الجناية ضمان العلاج مباشرةً ، وأُخرى يكون بتطبيق كبرى مسلَّمة تقتضي الضمان في المقام ، فهنا طريقان :

الطريق الأول : استفادة الضمان لنفقة العلاج من دليل ابتداءً بلا توسيط قاعدة أُخرى . وهذا له تقريبان :

التقريب الأول ـ الرجوع إلى سيرة العقلاء ودعوى أنّ بناءهم في باب الجنايات على تضمين الجاني نفقات علاجه أيضاً .

وهذه الدعوى بلحاظ أصل التعويض للمجني عليه ممّا لا شك في ثبوتها عند العقلاء وفي قوانينهم الجنائية قديماً وحديثاً ، وقد نُصّ على ذلك في كتب التاريخ والقانون ، كما دلّ على ثبوت الدية قبل الإسلام بعض الروايات كصحيح عبد الرحمان بن الحجاج [(١)] ، والوصية الطويلة التي ينقلها الصدوق بإسناده إلى أنس ابن محمد عن أبيه وحمّاد بن عمرو جميعاً عن جعفر بن محمد عليهما السلام عن آبائه عليهم السلام

(١) الوسائل ١٩ : ١٤١ ، ب١ من ديات النفس ، ح١ .

عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم [١].

إلّا أنّ هذا المقدار قد لا يكفي لإثبات ضمان نفقة العلاج مستقلاً عن الدية ما لم نحرز أنّ التعويض المذكور كان فيه ملاكان مستقلّان يلحظهما العقلاء معاً : أحدهما التعويض الجنائي عن نفس الجرح أو الكسر أو العيب الحاصل بالجناية ، والآخر التعويض المدني عن الخسائر المالية التي تصيب المجني عليه بما فيها نفقة المعالجة وأجر الطبيب والدواء . اللهم إلّا أن نستكشف وجود مثل هذا الارتكاز العقلائي ممّا نلاحظه اليوم في القوانين الوضعية من الحكم بتعويض المجني عليه عن كل ما تضرّر به من جراء الجناية بما فيها نفقات علاجه واعتباره من المسؤولية المدنية لا الجنائية ؛ فإنّ هذه القوانين تعكس الذهنية العرفية والعقلائية لواضعيها ، فإذا كانت تتفق جميعاً على تعويض نفقة العلاج دلّ ذلك على وجود الارتكاز العقلائي المذكور وقدمه .

التقريب الثاني ـ استظهار ضمان نفقة العلاج من معتبرة غياث المتقدّمة [٢] حيث إنّها دلّت على ضمان أجر الطبيب في الجرح الذي هو دون السمحاق ، وهو أول الجروح التي قرّر فيها الأرش في بعض الروايات ، ومنها كتاب علي عليه السلام المعروف في الديات ، كما أنّ بعض أحاديث العامة وفتاواهم أيضاً جعلت السمحاق أو الموضحة التي بعدها هي أول مراتب الجرح المقدّر فيه الدية ، كما صرّح في بعض رواياتهم أو فتاواهم بأنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يقرّر شيئاً في ما دون ذلك ، فلا يكون فيه إلّا عطاء الطبيب والدواء ، وتلك الروايات والفتاوى وإن لم تكن معتبرة عندنا إلّا أنّها تقرّب ما فسرنا به معتبرة غياث من أنّ المراد بها أنّ الدية لم تقرّر في المراتب الخفيفة للجرح ، وهي ما يكون دون السمحاق ، فليس فيها إلّا ضمان أجر الطبيب .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٥ ، ح١٤ .

(٢) المصدر السابق : ٢٩٤ ، ب ٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح ١٧ .

وعندئذٍ يقال : إذا ثبت بهذا الحديث ضمان الجاني لأجر الطبيب في مورد ، فهذا لا يختص بجرح دون جرح ، ولا بمقدار دون مقدار ؛ لأنّ الملاك والنكتة لضمانه واحد بحسب المتفاهم العرفي ؛ وهو أنّ خسارة المجني عليه لتلك النفقة حصلت بسبب الجناية ، خصوصاً إذا قلنا بارتكازية ضمانها عند العقلاء وقبلنا انعقاد السيرة عليه في التقريب السابق ؛ إذ تكون هذه الرواية إشارة إلى تلك السيرة وإمضاءً لها .

لا يقال : هذا إذا لم تكن الرواية بنفسها ظاهرة في اختصاص ضمان أجر الطبيب بالجروح الخفيفة ممّا هو دون السمحاق ، وظاهر المقابلة بين ما دون السمحاق والسمحاق وما فوقه من الجروح مما قرّر فيه الدية عدم ضمان أجر الطبيب فيها ، وأنّ المجعول فيها الدية فقط .

فإنّه يقال : ظاهر الرواية أنّه في ما دون السمحاق ليس إلّا أجر الطبيب ، لا أنّ أجر الطبيب ليس إلّا في ما دون السمحاق ، فلا دلالة فيها على نفي ضمان أجر الطبيب في الجروح الأُخرى ، فيكون وزانها وزان ما دلّ عند العامة على أنّ الدية غير مجعولة في ما دون السمحاق ، وأما ضمان أجر الطبيب فعلى القاعدة ، فلو فرض عدم احتمال الفرق في نكتة الضمان ولو بضميمة الارتكاز العرفي بين جرح وجرح ثبت ضمان النفقات في تمام الجروح .

وبعبارة أُخرى : ظاهر الرواية على ضوء ما كان مطروحاً في بعض روايات العامة وآرائهم وبملاحظة الارتكاز العقلائي هو التفصيل بين ما دون السمحاق وغيره من الجروح في ثبوت الدية التي تدفع كعقوبة مالية أو كتعويض عن نفس الجرح أو النقص الحاصل في بدن المجني عليه ، والتي يعبّر عنها اليوم بالمسؤولية الجنائية ، وأما ضمان نفقة العلاج فهو تعويض عن الخسارة التي تحصل في أموال المجني عليه نتيجة اضطراره للإنفاق على نفسه بسبب الجناية في العلاج وتحصيل البرء ، فهو تعويض مدني ومسؤولية مدنية ، نظير ما إذا تلف بالجناية بعض أموال

المجني عليه ، فلا يكون ذكر المعتبرة لأجر الطبيب في ما دون السمحاق لإثبات اختصاصه بذلك وعدم ثبوته في الجروح الأُخرى ، بل لنفي ثبوت الدية فيها ، فكأنّه لخفّة الجرح لا مسؤولية جنائية فيه ولا تعويض عن نفس الجرح ، وإنّما يثبت التعويض المدني بمقدار ما يخسره المجني عليه من المال للعلاج ، والذي هو ثابت على كل حال في مورد تحقق موضوعه ، وهو الإضرار المالي ، فلا دلالة في الحديث على المقابلة بين نفقة العلاج وبين الديات ليستفاد منه اشتمال الدية المقرّرة شرعاً على تمام ما يضمنه الجاني بالجناية في مقام التعويض الجنائي والمدني ، أو قل البدني والمالي معاً .

وقد يقال : بمعارضة الموثّقة مع الروايات العديدة ـ وفيها المعتبرة ـ الدالّة على ثبوت الدية في ما دون السمحاق من الجروح كالباضعة والدامية والحارصة ـ وهي شبه الخدش وأخفّ الجروح ـ حيث جعل في الأُولى ثلاثة أبعرة وفي الثانية بعيران وفي الثالثة بعير ، فلا يبقى جرح لم يجعل فيه أرش ، فتكون تلك الروايات معارضة ـ لا محالة ـ مع موثّقة غياث ، كما أفتى بذلك الفقهاء ، بحيث لا بدّ من حملها على التقية أو ردّ علمها إلى أهلها .

إلّا أنّه يمكن الجواب عن ذلك :

بأنّ مفاد المعتبرة أمران : أحدهما : ثبوت مقتضي الضمان لأجر الطبيب في نفسه ، والآخر ان ما دون السمحاق من الجروح لا تقدير شرعي لأرش الجرح فيه ، وما ينافي تلك الروايات المفاد الثاني دون الأول ؛ فإنّه غير منافٍ مع ثبوت التقدير بناءً على التفسير المتقدّم للموثّقة . اللهم إلّا أن يقال بعدم عرفية مثل هذا التفكيك في أصالة الجدّ ، فتسقط الرواية عن الحجية في كلا المدلولين .

الطريق الثاني : التمسّك بإحدى القواعد الشرعية المقتضية للضمان في نفسها وتطبيقها في المقام على نفقة العلاج ، وهي إحدى قواعد أربع :

١ ـ قاعدة الإتلاف .

٢ ـ قاعدة التفويت .

٣ ـ قاعدة التسبيب .

٤ ـ قاعدة الإضرار .

أما الإتلاف فلا إشكال في ثبوت الضمان به كبروياً ؛ لقيام السيرة ـ الممضاة شرعاً عليه ـ ، ودلالة جملة من الروايات المعتبرة في أبواب مختلفة من الفقه على أنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن ، فالكبرى تامة ، إلّا أنّ الكلام في إمكان تطبيقها في المقام وتحقق صغراها ؛ إذ لو أُريد تطبيقها بلحاظ تلف العضو أو زوال وصف الصحة في البدن فهو وإن كان إتلافاً لكنه ليس إتلافاً للمال ، ولو فرض أنّه مستوجب للضمان أيضاً كإتلاف المال فغايته ضمان قيمة نقص العضو أو منفعته الفائتة ، وهو الدية المقرّرة لا نفقات العلاج والبرء ، وإن أُريد تطبيقها بلحاظ المال الذي يضطرّ المجني عليه إلى إنفاقه في العلاج بسبب الجناية فهذا لو صدق لكان موجباً للضمان جزماً ، إلّا أنّ في صدقه عليه إشكالاً ؛ لوضوح أنّ صرف المال لتحصيل نفع أو دفع ألم لا يسمّى إتلافاً للمال على المستفيد منه ، بل هو استفادة وانتفاع به .

ومنه يعرف الإشكال في إثبات الضمان بقاعدة التفويت ؛ إذ ـ مضافاً إلى أنّه لا دليل على كبرى الضمان بالتفويت وإنّما موضوع الضمان الإتلاف أو اليد لا التفويت ـ لا يصدق عنوان التفويت على الاستفادة من المال في علاج أو غذاء أو غير ذلك .

وأما التسبيب فهو ليس موجباً للضمان مستقلّاً في قبال الإتلاف أو التفويت أو الإضرار ، وإنّما هو توسعة لموضوع تلك القواعد الموجبة للضمان ، حيث يقال إنّه لا يشترط المباشرة فيها بل يثبت الضمان بها في ما إذا حصل الإتلاف أو التفويت أو الإضرار بالتسبيب أيضاً ، فإثبات الضمان به موقوف في الرتبة السابقة على ثبوت الضمان بتلك القواعد كبرىً وصغرىً .

وأما قاعدة الإضرار فقد ناقشنا في ما سبق في إمكان إثبات كبرى الضمان به بأنّه لو أُريد استفادة ذلك من الروايات الناهية عن الإضرار بالآخرين فالنهي لا يدلّ إلّا على الحرمة التكليفية لا الضمان ، وإن أُريد استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» فهي تنفي الحكم الضرري ؛ أي الموجب لتضرّر الآخرين ، ومنه جواز الإضرار بهم ، فينتفي أصل الضرر ، وأما الضمان فليس إلّا تداركاً للضرر وجبراناً للخسارة لا انتفاءً للضرر ، فلا يمكن استفادته من لسان نفي أصل الضرر .

كما أنّه قد يناقش في صغرى الإضرار في المقام ؛ إذ لو أُريد صدقه بلحاظ النقص في البدن فهذا صحيح ، ولكنّه لا يقتضي أكثر من ضمان قيمة العضو لا نفقة العلاج ،كما ذكرنا في الإتلاف ، وإن أُريد تطبيقه بلحاظ ما ينفقه على نفسه من أجل العلاج فهذا ليس ضرراً عليه ، بل استفادة وانتفاع .

هذا ، ولكنّ الإنصاف أنّه يمكن الإجابة عن كلتا المناقشتين :

أما المناقشة في الصغرى فبأنّ عنوان الاستفادة أو الانتفاع قد يصدق إذا لاحظنا ما يحصل له من البرء والعلاج بلحاظ حال مرضه وجرحه ، إلّا أنّ هذا ليس هو الميزان في صدق الإضرار ، بل اللازم ملاحظة حاله الطبيعي الأول قبل الجناية ، وبالنسبة إليه يصدق الإضرار والخسارة عرفاً جزماً ؛ لأنّ إيقاعه في تلك الحالة التي يضطرّ الإنسان للتخلّص منها بالإنفاق على نفسه يكفي في صدق الإضرار بمقدار ما يخسره في سبيل التخلّص ممّا لا بدّ من التخلّص منه ؛ لكونه ضرراً أهم ، نظير ما إذا دلّ شخص السلطة الظالمة على مكان المتهم فلم يتمكّن من التخلّص من الظالم أو عيونه إلّا بدفع مال إليه ، أو ألقاه في البحر فاضطرّ من أجل النجاة من الغرق أن يترك ما يحمله من ألبسته وغيرها لينجو بنفسه ، فإنّه في مثل ذلك لا إشكال في صدق الإضرار عليه في ما خسره ، بل قد يقال بصدق التفويت والإتلاف أيضاً بالتسبيب .

إلّا أنّ الإنصاف أنّ صدق الإتلاف مشكل ؛ إذ لا إتلاف لأصل المال ، كما أنّه لا

إتلاف للمال على مالكه ؛ لأنّه قد ملك بدفعه ما يقابله من العمل أو الدواء الذي له نفس المالية والقيمة ، نعم الإضرار به صادق جزماً .

لكن قد يناقش بأنّ الإضرار المالي أيضاً غير صادق ؛ لأنّ الضرر هو النقص أو الضيق ، ولا نقص في ماله بالخصوص بفعل الجاني ، وإنّما ما تحقق به هو الإضرار البدني خاصّة ، وأما انتقاص ماله فقد حصل في طول دفعه باختياره ضرره البدني وألمه أو جرحه بالعلاج المستلزم لصرف المال ، فنحتاج في تصحيح صدق الضرر المالي المستوجب لضمان المال أن نضيف إحدى عنايتين : إما عناية أنّ أهمية الضرر البدني في قبال المالي ، خصوصاً إذا كان خطيراً ، كما إذا لزم من عدم العلاج الهلكة أو النقص الخطير الذي يوجب صدق الإضرار المالي عليه ؛ لأنّ الشق الآخر كأنّه خارج عن الاختيار والقدرة عرفاً ، أو عناية أنّ حق العلاج على الجاني مقتضيه تام عند العقلاء والعرف ؛ لأنّه حصل بفعله ، وهو أمر زائد على أصل الجرح والألم الذي حصل بأصل الجناية ، والتي تكون الدية في قبالها ، فيكون عدمه ضرراً حقياً ، فتدبّر جيداً .

وسيأتي الاستشهاد بإطلاق الضرر في بعض الموارد على مثل ذلك في كلام الشارع . ولعلّ مما يشهد على صدق الإضرار ما نجده في القوانين الوضعية العرفية اليوم من اعتبار ذلك إضراراً بلحاظ نفقات العلاج ، بل وما يخسره من عمله أيضاً على ما سيأتي التعرّض له ، ومفهوم الإضرار أمر عرفي لا بدّ وأن يؤخذ من العرف ، وليس أمراً شرعياً ليؤخذ من الشارع .

وأما المناقشة في الكبرى فيمكن الجواب عنها بوجوه :

الوجه الأول : دعوى إمكان استفادة الضمان في موارد الإضرار من نفس « لا ضرر » ـ كما يظهر من كلمات جملة من الفقهاء ـ ودفع ما ذكر من أنّه تدارك للضرر لا نفي له بأنّ هذا قد يصح بالنسبة إلى شخص المال المتضرر به حيث لا يمكن ردّه بشخصه بل ببدله ، فيكون تداركاً وجبراناً ، إلّا أنّه إذا لاحظنا أصل

المالية والقيمة ـ كما إذا لم تكن خصوصية لشخص المال عند المالك ـ فثبوت الضمان يكون نفياً للضرر لا تداركاً له ؛ إذ لم تنقص مالية المالك إذا كان المضارّ ضامناً له ، وهذا أمر عرفي واضح يكاد يكون إنكاره مكابرة ، وعلى هذا يمكن إثبات ضمان أصل المالية بقاعدة لا ضرر ؛ لأنّه نفي لطبيعي التضرر بها وأصله ، لا نفي للحصة غير المتداركة وإثبات للتدارك ليقال بأنّه خلاف ظاهر « لا ضرر » .

الوجه الثاني : أنّ الروايات الناهية عن الإضرار بأخيك المؤمن ـ وفيها ما هو معتبر سنداً [(١)] ـ كما تدلّ على حرمة الإضرار كذلك تدلّ بالفحوى العرفية على لزوم التدارك وضمان ما تضرّر به الآخر ، وليس مفادها مجرّد الحكم التكليفي بحرمة الإضرار ، ولعلّ الوجه في هذه الدلالة أنّ الضمان وجبران الضرر رفع للضرر بقاءً ، ودليل النهي عن الإضرار لا يحتمل العرف فيه أن يكون لخصوصية إحداث الضرر دخل في حرمته والنهي ، بل الوجود البقائي للضرر كالحدوثي أيضاً منهي عنه ومشمول لإطلاق النهي والحرمة ، ولازمه وجوب رفعه وجبرانه وتداركه المساوق مع ضمانه عقلائياً .

الوجه الثالث : استفادة الضمان لما يضرّه الإنسان بالآخرين من مثل صحيح الحلبي ومعتبرة الكناني [(٢)] الواردين في من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن لما يصيبه ، أو من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن له ؛ فإنّ أخذ عنوان الإضرار في لسان هاتين الروايتين في موضوع الحكم بالضمان واضح الدلالة على دخالته في الحكم ، وأنّ الضمان بملاك الإضرار ، وأنّه حكمه .

وحمل الأول منهما على أنّ الإضرار بطريق المسلمين موجب لضمان ما يصيبه

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٣ ، ب١٥ من إحياء الموات ، ح١ .

(٢) الكافي ٧ : ٣٤٩ و ٣٥٠ ، ح٢ و٣ .

بملاك الإتلاف أو التسبيب إليه ، وحمل الثاني على إرادة الإضرار بـنفس الطـريق وضمانه ـ لا ضمان من يصاب في الطريق ـ خلاف الظاهر جدّاً ؛ لأنّ التسبيب إلى الإتلاف لا يشترط أن يكون بالإضرار بالطريق ، بل بوضع أي شيء فيه ولو كـان بصالح الطريق وزيادة فيه أو في ماليته ، على أنّ النظر لو كان إلى ملاك الإتلاف كان ينبغي الإشارة إليه ، لا الإشارة إلى عنوان الإضرار المناسب عـرفاً مـع الضـمان ، فيأتي بعنوان يناسب جدّاً أن يكون هو موضوع الضمان عرفاً وعقلائياً في سـياق الموضوع ، ولكن لا يريده ، بل يريد عنوان الإتلاف الذي لم يذكر في الكلام من قريب ولا من بعيد ؛ فإنّ مثل هذا ليس أُسلوباً عرفياً للمحاورة جـزماً ، وخـلاف ظهور أخذ عنوان في موضوع الحكم ، خصوصاً في سياق إعطاء الكبرى والضابطة الكلّية في دخله في الحكم ، بل المتفاهم من مـثل هـذا التـعبير والأُسـلوب إرادة الإضرار بالمسلمين الذين يصابون بما وضع في ذلك الطريق ، فيكون وضعاً بحال المتعلّق نظير ﴿ **واسأل القرية** ﴾ [1] أي أهلها .

كما أنّ حمل الثاني من الصحيحين على إرادة الإضرار بنفس الطريق وضـمانه خلاف الظاهر ؛ إذ أيّة خصوصية عندئذٍ لذكر الطريق وشيء منه ! فلا بدّ وأن تكون خصوصية في ذكره ، وليس إلّا بحمله على الكناية عن الإضـرار بـمن يـمرّ فـي الطريق ، كما هو المنسبق إلى الذهن من مثل هذا التعبير عند إطلاقه عرفاً ، وكما هو مصبّ السؤال والجواب والنظر في هذه الروايات على ما يظهر لمن يراجع ألسنتها ، على أنّه لو أُريد منه ذلك أيضاً كانت الصحيحة دليلاً على الضمان بملاك الإضـرار حيث لا خصوصية للإضرار بالطريق ، فيحمل على المثالية ، فيكون مفادها الضمان في تمام الموارد التي يصدق فيها الإضرار على المال .

(١) يوسف : ٨٢ .

الوجه الرابع : الاستفادة من بعض الآيات الكريمة ، والمهم منها آيتان :

إحداهما : قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَن أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا ءَاتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [١] .

الثانية : قوله تعالى في سورة الطلاق : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ [٢] .

والاستدلال بهما مبني على استظهار أنّ قوله تعالى : ﴿ لا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌ بِوَلَدِهَا ولا مَولُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾ وقوله تعالىٰ : ﴿ لا تُضَارُّوهُنَّ ﴾ بمثابة التعليل لما ذكر في الآية من الحكم بحق الرضاعة وبالإنفاق على الوالدات مدّة الرضاع وعلى المطلّقات مدّة الحمل ، بحيث يكون عدم الإنفاق أو عدم حق الرضاع إضراراً بهنّ ، فلا يجوز تكليفاً ولا وضعاً ، فيستفاد حق الرضاعة والضمان لنفقتهنّ في تلك المدة بملاك عدم الإضرار بهنّ .

ودعوى : أنّ الأمر بالإنفاق لا يقتضي أكثر من وجوبه تكليفاً لا ضمانه وضعاً .

مدفوعة : بأنّ الأمر بالإنفاق مساوق عرفاً وعقلائياً لاستحقاقه ، وبالتالي ثبوت الضمان فيه أيضاً ، لا مجرّد حكم تكليفي .

---

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) الطلاق : ٦ .

هذا، مضافاً إلى أنّ التعبير بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾ وقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ كالصريح في الضمان والحكم الوضعي، وهو ثبوت نفس الرزق والكسوة بالمعروف في ذمته وذمة الوارث، وثبوت نفس الحق للوالدة في الإرضاع.

وأما الدلالة على التعليل فيمكن استفادته من الآيتين نفسيهما، خصوصاً الأُولى منهما حيث ذكر فيها قوله تعالى: ﴿ لا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌ بِوَلَدِهَا... ﴾ عقيب قوله تعالى: ﴿ لا تُكَلَّفُ نفسٌ إلاَّ وُسعَهَا... ﴾ الواضح كونه مسوقاً للتعليل. هذا مضافاً إلى دلالة بعض الروايات المتعرّضة لتفسير الآية على ذلك.

وتوضيح ذلك: أنّ الآية الكريمة ذكرت أولاً أنّ الوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين، وهذه جملة خبرية مستعملة في مقام الإنشاء، وهو إما الطلب والتكليف عليها بالإرضاع أو الحكم الوضعي بأحقيّتها بذلك، ثم أردفت الآية ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ... ﴾ ممّا يعني أنّ ذاك الإرضاع ليس مجّاناً منهنّ، بل في قبال إرضاعهنّ للمولود، وعلى الوالد نفقتهنّ وأُجرتهنّ بالمعروف من أُجرة المثل أو ما تأخذه مرضعة أُخرى، ثم ذكرت الآية بعد ذلك جملتين ﴿ لا تُكَلَّفُ نفسٌ إلاَّ وُسعَهَا... ﴾ و ﴿ لا تُضَارَّ وَٰلِدَةٌ بِوَلَدِهَا ولا مَولُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾، والجملة الأُولى يمكن أن تكون تعليلاً للتشريع المذكور في الصدر، وأنّه مطابق مع مصلحة التسهيل على العباد في الشريعة وملاحظة وسعهم واللائق بهم؛ حيث لم يكلّف كل من الأبوين بما هو خلاف وسعه، فيراد بالوسع عندئذٍ السهولة واللياقة وعدم الحرج والضيق والضرر، ويمكن أن تكون بياناً للمعروف وتحديداً له، وأنّه إنّما يجب على الوالد رزقهنّ وكسوتهنّ بالمقدار الذي يجده في المراضع الأُخرى ومع التمكّن والسعة، لا مع فرض الإعسار وعدم التمكّن، فيمكن أن يراد بالوسع حينئذٍ القدرة والطاقة. وعلى كلا التقديرين تكون الجملة ظاهرة في التعليل وبيان الملاك.

وأما الجملة الثانية : ﴿ لا تُضَارَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِ هَا . . . ﴾ فهي بقرينة ما فيها من المقابلة بين ضرر الوالدة بسبب الولد ـ كما هو ظاهر الباء في هذا التركيب ـ وضرر المولود له بسبب الولد ، تكون ناظرة إلى طرفي الحكم المذكور في الصدر ؛ حيث إنّه قد أُثبتَ في صدر الآية حقّان : حقّ للوالدة وهو الإرضاع بأُجرة المثل ، وحق للوالد وهو عدم تحمّل أكثر من ذلك وإمكان نزعه للولد عن أُمّه وإعطائه لمرضعة أُخرى إذا طالبت الأُم أكثر ممّا تقبل به الأُخرى . فـأُفيد فـي الذيـل أنّ مـخالفة أيّ مـن الحكمين يكون مضارّة إما بالوالدة أو بالوالد ؛ إذ لو لم يكن للوالدة حق الإرضاع لولدها أو كان لها ذلك ولكن من دون نفقة ومجاناً كان إضراراً بها ، ولو لم يكن للأب أن ينتزع ولده ويعطيه لمرضعة أُخرى تقبل بالأقل كان إضراراً به ، فقد نـهي عـن كليهما أو نفي المضارّة بذلك ، وحيث إنّ الآية بصدد تشريع نفس الحقّين لا الفراغ عنهما في المرتبة السابقة ، فلا محالة تكون ظاهرة في أنّ ثبوتهما يكون بملاك نفي الضرر عن الوالد والوالدة ، خصوصاً بملاحظة وقوع الجـملة بـعد الجـملة الأُولى الظاهرة في التعليل ، وكون عدم المضارّة قاعدة وضابطة كلّية مركوزة عند العقلاء وثابتة في الجملة في الشريعة ، فكأنّه قال : مخالفة ذلك مضارّة للوالدة أو للوالد ، ولا ينبغي أن تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده .

ومن هنا يمكن أن يستفاد من إطلاقها نفي أيّة مضارّة أُخرى للوالدة أو للـوالد بسبب رضاع الولد ، فهي كبرى كلّية . نعم مفاد هذه الآية ليس ابتداء ضمان الضرر الحاصل ، بل مفادها ـ كمفاد قاعدة لا ضرر ـ نفي الحكم الذي يـنشأ مـن عـدم المضارّة ، إلّا أنّه حيث طبّق في مورد الآية على ضمان نفقة الرضاعة ، فيستفاد منها أنّ عدم ضمان ما يتضرر به الغير ممّا يرجع إلى الغير حكم ضرري أيضاً ، وليس بابه باب التدارك للضرر كما قيل في الإشكال على القاعدة ، وهذا امتياز الآية على سائر أدلّة لا ضرر ، فكأنّها تثبت بـ « لا ضرر » حق الضمان في مثل هذه الموارد .

وقد استدلّ صاحب الجواهر ﷺ بإطلاق ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا . . . ﴾ على نفي حق إجبار الوالدة على إرضاع ولدها ، ونفى بذلك وجوب الإرضاع على الوالدات . كما استدلّ بإطلاق ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ . . . ﴾ على نفي استحقاق الوالدة للنفقة إذا وجدت مرضعة أُخرى تتبرّع بإرضاع الولد [١] .

والحاصل : أنّ المتفاهم من الآية أنّ قاعدة لا ضرر يمكن أن يترتب بها ضمان النفقة إذا صدق في فرض عدمها الإضرار ، وهذا وإن طبّق على الرضاع إلّا أنّ نكتة عدم الإضرار حيث لا يحتمل اختصاصها عقلائياً أو شرعاً بباب دون باب أمكن التعدّي إلى سائر الموارد إذا صدق فيها الإضرار أيضاً ، خصوصاً مع ثبوت كبرى لا ضرر ولا ضرار في الشريعة بأدلّة أُخرى :

منها ـ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الحُبلى المطلّقة ينفق عليها حتى تضع حملها ، وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة أُخرى إنّ الله ـ عزّوجل ـ يقول :﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ولا مَولُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾ » . الحديث [٢] .

وظاهره أنّ الاستشهاد بالآية لكلا الحكمين المذكورين في كلام الإمام عليه السلام ، لا الحكم الثاني فقط ، فيستدلّ على أنّ حق الإنفاق على الحبلى مستفاد من قاعدة ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾ ، بل لو كان الاستشهاد بالآية للحكم الثاني فقط دلّ الحديث أيضاً على أنّ حق الرضاعة يثبت للوالدة بقاعدة لا ضرر ، وهو حكم وضعي ، وليس مجرّد حكم تكليفي ، فالرواية واضحة الدلالة على استفادة الأحكام الوضعية من قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، وأنّه كما لا يجوز تكليفاً الإضرار بالغير كذلك يكون المسبب للضرر على الغير ضامناً لذلك الضرر لكي لا يضارّ الغير من

(١) راجع : الجواهر ٣١ : ٢٧٢ ـ ٢٧٣ .

(٢) الوسائل ١٥ : ١٩٢ ، ب٨١ من أحكام الأولاد ، ح٥ .

قبله ، والحبلى المطلّقة لكون حبلها بسبب الزوج وولدها له يضمن الزوج نفقتها في مدّة الحمل والرضاع لكي لا تقع مضارّة .

ومنها ـ معتبرة الكناني عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال : « إذا طلّق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها ، وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارّها إلّا أن يجد من هو أرخص أجراً منها ، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحقّ بابنها حتى تفطمه »[1] . فإنّ قوله عليه‌السلام : « ولا يُضارُّها » إذا رجع إلى مجموع الحكمين المذكورين في كلام الإمام عليه‌السلام كان ظهورها في ما ذكرناه واضحاً ، وإن أرجعناه إلى الحكم الثاني فقط دلّت أيضاً على أنّه لا يجوز أن يضرّها بأخذ الولد منها أو بإعطائها أجراً أقلّ ممّا تأخذه غيرها من المرضعات ، فإنّ هذا أيضاً مشمول لإطلاق « لا يضارّها » ، فتدلّ على ضمان تمام الأجر السوقي لها بمقتضى عدم الإضرار .

وما ورد في بعض الروايات ـ ومنها ذيل نفس الروايتين أيضاً ـ من تطبيق المضارّة على امتناع الزوج عن الجماع من أجل الولد ، فنهى الله أن يضارّ الرجل المرأة والمرأة الرجل لا ينافي ما ذكرناه ؛ لأنّ هذا من باب التطبيق على ذلك ، لا التخصيص والتقييد به ؛ ولهذا نجد أنّه قد جمع في بعض الروايات بين المضارّة في الجماع والمضارّة في الإنفاق ، كما في ذيل رواية الكناني بنقل علي بن إبراهيم في تفسيره[2] ، وذيل صحيح الحلبي نفسه بنقل الكافي[3] .

ومنها ـ رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال سمعته يقول : « المطلّقة الحبلى ينفق عليها حتى تضع حملها ، وهي أحقّ بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة أُخرى ،

---

(١) الوسائل ١٥ : ١٩١ ، ح٢ .

(٢) المصدر السابق : ١٨٠ ، ب٧٢ من أحكام الأولاد ، ح٢ .

(٣) المصدر السابق : ١٧٧ ، ب٧٠ من أحكام الأولاد ، ح٣ .

يقول الله عزّ وجل : ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ولا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، لا يضارّ بالصبي ولا يضارّ بأُمّه في إرضاعه ، وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين ، فإذا أرادا الفصال عن تراضٍ منهما كان حسناً ، والفصال هو الفطام » [١] . والاستدلال بها كالاستدلال برواية الكناني المتقدّمة .

وهكذا نلاحظ دلالة الآيتين في نفسيهما ـ مضافاً إلى الروايات المستشهدة بهما ـ على ثبوت النفقة في مدّة الحمل والأجر في مدّة الرضاع على الزوج بملاك عدم الإضرار بالزوجة المطلّقة أو الوالدة ، مع أنّ صدق الإضرار عليها من قبل الزوج أخفى من صدقه على المجني عليه من قبل الجاني ؛ لأنّ الوالدة لها تعلّق وانتفاع بولدها وحصوله لها بفعلها أيضاً ، لا بفعل الزوج فقط .

فإطلاق المضارّة في الآيتين الكريمتين على عدم الإنفاق على المطلّقة الحبلى أو الوالدة المرضعة كما يدل على ثبوت الضمان بلا ضرر كذلك يشهد على صدق عنوان الإضرار في موارد التسبيب إلى تحمّل الإنسان خسارة الإنفاق على نفسه بسبب فعل الغير أو ما يرجع إليه وإن كان في طول اضطراره إلى الإنفاق على نفسه منتفعاً به ؛ كما في انتفاع المجني عليه بعلاج نفسه ، أو انتفاع الوالدة أو الحبلى بولدها ، وهذا يشهد على أنّ عنوان الإضرار صادق في أمثال المقام ، وأنّه أوسع من عنوان الإتلاف أو التفويت ، فإذا ثبت كبروياً أنّه موجب للضمان إذا كان الضرر مالياً ثبت بذلك تمامية المقتضي لضمان الجاني نفقات علاج المجني عليه .

والإنصاف أنّ هذه النقطة هامة وجديرة بالبحث الفقهي ، فإنّا إذا جعلنا الموجب للضمان منحصراً في عنوان الإتلاف أو التلف تحت اليد ـ كما صنعه جملة من المتأخرين من فقهائنا(قدس الله أسرارهم) ـ فسوف ينحصر الحكم بالضمان بموارد صدق الإتلاف أو التلف فقط ، ويخرج كثير من موارد الإضرار المادي بالغير

---

(١) الوسائل ١٥ : ١٧٨ ، ح٧ .

عن الحكم بالضمان ، كما في مسألتنا هذه ، أو في مثال حبس الحرّ الكسوب ومنعه عن عمله ، أو حبس متاعه في وقت رواجه وارتفاع قيمته السوقية ثم إرجاعه إليه في وقت كساده وهبوط قيمته . وقد ذكر المتأخرون بأنّه لا يصدق في المثالين الإتلاف للمال ، فلا ضمان فيهما على الحابس ، أما في الأول فواضح ، وأما في الثاني فلأنّه قد أرجع إليه ماله بعينه وبأوصافه ، وأما نقص القيمة السوقية فهي أمر اعتباري قائم بالسوق وليس وصفاً حقيقياً للعين الخارجية ليصدق الإتلاف بالنسبة إليه .

بينما نجد مثل صاحب الرياض يؤكّد على الضمان فيه بملاك الإضرار الذي هو أوسع من عنوان الإتلاف ، كما أنّ القوانين الوضعية تكاد تُطبِق على ثبوت الضمان ولزوم التعويض عن كلّ الأضرار المادية التي لحقت بالغير بسبب الفعل الضارّ ، فتنقيح أنّ موجب الضمان هل ينحصر في عنوان التلف والإتلاف أو يعمّ تمام موارد الإضرار أو الإضرار المالي على الأقلّ مسألة مهمة وخطيرة ومؤثّرة في موارد كثيرة من فقه المعاملات .

المقدّمة الثانية :

وأما المقدّمة الثانية ـ وهي عدم ما يدلّ على الردع أو المنع عن ضمان الجاني شيئاً زائداً على الدية المقرّرة شرعاً ، فما قد يستدلّ به على المنع الروايات المتعرّضة لتقدير الدية والأُروش ، حيث إنّها جميعاً ـ رغم تعرّضها بمجموعها إلى تفاصيل كثيرة ـ ساكتة عن ذكر نفقة العلاج وضمان الجاني لها ، باستثناء ما تقدّم في معتبرة غياث [1] التي تعرّضت لأجر الطبيب في ما دون السمحاق من الجروح .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح١٧ .

وعندئذٍ يمكن أن يدّعى دلالة ذلك على نفي ضمان نفقة العلاج بأحد تقريبين :

التقريب الأول ـ استفادة ذلك من السكوت نفسه وعدم البيان ؛ إذ لو كان يجب على الجاني شيء آخر غير الدية كان ينبغي ذكره والإشارة إليه ولو في بعض الروايات ؛ لظهورها في بيان تمام ما يجب عليه بالجناية ، خصوصاً الروايات المتعرّضة للمصالحة بين الجاني والمجني عليه على حق القصاص ، حيث لم تذكر في قبال أن لا يقتصّ منه إلّا أخذ الدية . وكذلك روايات استرقاق العبد الجاني إذا كانت دية جنايته مستوعبة لقيمته ، حيث لم تدخل في الحساب نفقة العلاج ، والتي قد تكون مع الدية مستوعبة لقيمة العبد . وكذلك الروايات المتعرّضة إلى الجناية التي لا يدرى أثرها ، فينظر بها سنة مثلاً أو أقل أو أكثر ؛ فإن برىء الجرح من دون أثر على البدن لم يكن فيه دية أو كان حكومة ، وإن بقي له أثر وتعيّب العضو أو زالت منفعته كان فيه الدية ، فإنّ مثل هذه الجروح الطويلة العلاج تكثر ـ لا محالة ـ نفقات معالجتها أيضاً ، فلو كانت مضمونة مع الدية ويجب على الجاني دفعها للمجني عليه كان اللازم الإشارة إليه في هذه الروايات على الأقل ، فيستكشف من السكوت والاقتصار على ذكر الديات والأُروش نفي ثبوت شيء زائد في مواردها .

التقريب الثاني ـ استفادة عدم ضمان شيء زائد على الدية ـ بالدلالة الإثباتية لا السكوتية ـ من التعبير عن الدية في الروايات بالضمان أو الغرامة . بدعوى : أنّ المتفاهم العرفي منه كون الدية قيمة الجرح والعيب الحاصل في بدن المجني عليه وبدلاً عن صحته وما لحقه بالجناية من النقص والضرر ، فعندما تدفع له لا يبقى له مزيد حق في قبال صحته وسلامته ؛ لأنّه قد استلم قيمتها ، نظير ما هو ثابت في ضمان الأموال ، فإذا عيّب داره مثلاً أو دابته ضمن الأرش ؛ أي قيمة النقص والتفاوت بين صحيحه ومعيبه ، ولا يضمن زائداً على ذلك ما قد يصرفه المالك

على إصلاح ماله من النفقات ، فالضمان في البدن كالضمان في الأموال وبنحو واحد ، غاية الأمر يكون التحديد لقيمة الأعضاء وتقديرها بمقادير الديات تعبّداً شرعياً .

ومما قد يؤيّد ذلك ما نجده عند الفقهاء من معنى الحكومة في ما لا تقدير شرعي له من ملاحظة نسبة ما يلحقه من النقص في المالية لو كان عبداً ، وحسابه من الدية كالعشر ونصف العشر بنحو ذلك ، مما يؤكّد أنّهم يفهمون الدية على أنّها قيمة الجرح وبدل ما نقص من وصف الصحة في البدن ، كما هو الحال في الأموال ، فإذا ضمن الجاني ذلك لم يكن عليه شيء آخر ؛ لأنّه وفّى تمام ما حصل من النقص .

ولعلّه لذلك أيضاً اقتصرت رواية غياث وما يضاهيها من الروايات عند العامة ـ في سنن البيهقي [١] ـ على ذكر ضمان نفقة العلاج في خصوص الجروح التي لا تقدير للدية ولا للأرش فيها ، ففي كل مورد لا يغرم الجاني قيمة الجرح لضآلته واندماله بحيث لا يبقى له أيّ أثر في البدن ولا عيب ليقدّر له قيمته ، حكم بضمان نفقة علاجه لا محالة ؛ لأنّه ميزان النقص في مثل هذه الحالة .

ومما يعزّز عدم الضمان ويؤيّده إطباق فقهائنا على السكوت وعدم التعرّض لضمان نفقة العلاج في حدود ما فحصنا عنه في كتبهم ، وكذلك كتب العامة باستثناء ما جاء في كتاب المبسوط للسرخسي : « لو قلع سنّ فنبتت صفراء أو نبتت كما كانت فلا شيء عليه في ظاهر الرواية ؛ لأنّ وجوب الأرش باعتبار فساد المنبت ، وحين نبتت كما كانت عرفنا أنّه ما فسد المنبت ، ثم وجوب الأرش باعتبار بقاء الأثر ، ولم يبقَ أثر حين نبتت كما كانت . وقد روي عن محمد في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم . وعن

(١) انظر : السنن الكبرى ٨ : ٨٣ ، باب ما دون الموضحة من الشجاج .

أبي يوسف يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأُجرة الأطباء حتى اندملت . وأبو حنيفة قال : لا يجب شيء ؛ لأنّه لا قيمة لمجرّد الألم ، ألا ترى أنّ من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شيئاً لا يجب شيء ! أرأيت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار إيلام حلّ فيه ؟ ! » [١] .

وجاء أيضاً في كتاب (شرح كتاب النيل وشفاء العليل) من فقه الأباضية : « ولا يلزم أجر الدواء عندنا وعند ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال الفقهاء السبعة من قومنا : يلزمه ذلك » [٢] .

فالحاصل : يظهر من مراجعة كلمات الفقهاء واقتصارهم على ذكر الدية والأُروش المقرّرة في كل جرح وجناية مقدّرة والرجوع إلى الحكومة في غيرها أنّ المركوز عندهم أيضاً ملاحظة قيمة الجرح أو النقص الحاصل في البدن ، وضمان الجاني له على حدّ ضمان نقص المال المعيب بفعل الغير ، وأنّ هذا تمام ما يضمنه في قبال وصف الصحة والعيب ، فلا يكون أخذ نفقة العلاج زائداً على ذلك إلّا كأخذ نفقة إصلاح المال المعيب زائداً على أرش العيب .

ويمكن الإجابة عن كلا التقريبين :

أما التقريب الأول : فبأنّ سكوت الروايات عن ذكر ضمان نفقة العلاج يمكن أن يكون لضآلتها في تلك الأزمنة ، بحيث لم يكن العلاج مستلزماً لنفقات مهمة معتدّ بها عرفاً ، بل كانت تعد جزءً من المصارف والنفقات اليومية الاعتيادية الثابتة للإنسان على كل حال .

ويمكن أن يكون وجه السكوت عن نفقة العلاج أنّ نظر الروايات جميعاً إلى التعويض عن نفس العيب أو النقص أوالجرح الحاصل في البدن بالجناية ، لا ما قد

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦ : ٨١ .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ١٥ : ١٨ .

تستلزمه الجناية من خسارة مالية وضرر مادي على المجني عليه كإتلاف ماله أو تضرّره من أجل العلاج ، فإنّ التعويض عن ذلك تعويض بملاك آخر وحيثية أُخرى أجنبية عن الدية ؛ ومن هنا لم يذكر في الروايات ضمان ما قد يتلف بالجناية من أموال المجني عليه ، كثوبه الذي على بدنه حين الجناية إذا تلف ، أو دابته تحته إذا هلكت ، فإذا فرضنا أنّ ضمان نفقة العلاج كان بملاك النقص في المال وخسارة ما قد يضطرّ المجني عليه إلى إنفاقه لا العيب أو النقص الحاصل في البدن ، فهذا خارج عن منظور الروايات ؛ لأنّها ناظرة إلى ما يقابل ذلك النقص ، لا النقص والضرر في المال الخارجي ، فلا يمكن أن يكون سكوتها عن ذلك دليلاً على عدم الضمان فيه من تلك الحيثية .

ودعوى : أنّ خسارة النفقة حاصلة ومسببة بالجناية أو كونها ملازمة أو غالبية معها ، فيكون اللازم بيان ضمانها لو كان .

يمكن دفعها : بأنّ الحيثية إذا كانت مباينة مع الجهة المنظور إليها فالغلبة أو الملازمة أو السبب لا تستوجب لزوم التعرّض لها ، فكما لا تعرّض لضمان ما يتلف من المال في الجناية ــ ولعلّ الغالب ذلك ــ ولو بلحاظ أصل تلف مال ضِمن الجناية ، كذلك في المقام ، بل يمكن دعوى أنّ الدية من المركوز كونها عنواناً لما يقابل نفس الدم أو الجرح ؛ أي المسؤولية الجنائية أوالضمان غير المربوط بالخسارات المالية التي حكمها وملاك الضمان فيها واضح عند العقلاء .

وممّا يؤيّد ذلك أنّه لولاه لم يكن يمكن تفسير السكوت عن حكم نفقات العلاج ولو بنفي الضمان فيها ؛ لأنّه لا إشكال أنّ حدّاً من الضمان فيه وارد على الأقلّ ، فكيف لم تتعرّض الروايات المذكورة لنفقته وسكتت عنه إثباتاً ونفياً ؟ ! فالسكوت المذكور لا يمكن توجيهه وتفسيره إلّا بأنّ عنوان الدية المسؤول عنها أو المتعرّض لها في تلك الروايات جميعاً متعرّض بحسب الارتكاز العقلائي إلى ما يقابل نفس الدم والجرح كتعويض خاص غير مربوط بالتعويضات الأُخرى التي قد تكون ، بل

كثيراً ما تكون بملاك الإضرار والخسارة المالية على المجني عليه بسبب الجناية أو ضمنها ، وليس في شيء من الروايات المذكورة ما يدلّ على أنّ الإمام بصدد بيان تمام ما على الجاني في مورد الجناية من الغرامات والضمانات حتى التي بـملاك إتلاف مال أو إضرار كذلك ، كما لا يخفى على من تأمل فيها بدقة .

ثم لو تنزّلنا وافترضنا دلالة السكوت المذكور على نفي ضمان نفقة العلاج زائداً على الدية ، فهذا السكوت قصارى ما يمكن أن يثبت به نفي النفقات التي كـانت رائجة حينذاك ، وهي أقلّ من الدية المقدّرة شرعاً ، لا ما إذا كانت نفقة العلاج أكثر من الدية .

ومنه يظهر وجه عدم تعرّض روايات المصالحة على حق القصاص بـالدية أو استرقاق العبد الجاني إذا كانت دية جنايته مستوعبة لنفقة العلاج وعدم إدخالها في الحساب ، فإنّ ما يصلح جعله بدلاً عن حق القصاص أو موجباً لحق الاسـترقاق خصوص ما يضمنه الجاني من الدية ـ أي من التعويض في قبال الجرح أو العيب أو النقص في البدن ـ لا ما يغرمه وتشتغل ذمته به بملاك آخر كإتلاف الأموال وإن كان بسبب الجناية وملازماً معها ، كما إذا كان قيمة ثوبه الذي أتلفه مع الدية مستوعباً لقيمة العبد فإنّه لا يسترقّ بذلك .

وأما التقريب الثاني ـ فبالمنع عن صحة ذلك الفهم للديات أساساً ؛ فإنّ الحرّ لا يتعامل معه تعامل المال لا عند العقلاء ولا عند الشارع ، فليست دية جراحته قيمة ما نقص من قيمته وماليته ولا تعويضاً مدنياً ، بل تعويض وغرامة جنائية كالعقوبات المالية غاية الأمر جعلت حقّاً للمجني عليه كالقصاص ؛ ومن هـنا كـانت أحكـام الديات تختلف عن أحكام باب ضمان الأموال الذي يعبّر عنه بالمسؤولية المدنية ، من قبيل تحمّل العاقلة للدية في الخطأ المحض أو تعلّق أكثر من ديـة واحـدة إذا تعدّدت الجناية على الأعضاء بحيث كان مجموعها أكثر من دية ، بل قد تبلغ ست ديات كما في بعض الروايات ، أو جعل المرأة تعاقل الرجل في الدية إلى الثلث ثم

تعود إلى النصف ، أو عدم الفرق في مقدار الديات بين الصغير والكبير والوضيع والشريف والماهر الخبير الكسوب وغيره ، أو الفرق بين دية المسلم والكافر . . إلى غير ذلك من الأحكام التي تدلّنا على أنّ فهم الدية على أنّها قيمة المالية الناقصة بالجراحة لبدن الإنسان غير صحيح ، بل الأنسب كونها تكريماً للمجني عليه وجعل حق عقوبة وغرامة مالية بيده على الجاني تتقدّر بحسب فداحة الجناية وخطورتها وخفّتها ، والتعبير بالضمان أو الغرامة الوارد في الروايات لا يدلّ على خلاف ذلك ؛ إذ الضمان أو الغرامة معنى عام ينطبق على التعويضات والغرامات الجنائية أيضاً باعتبار اشتغال ذمة الجاني بها ، كالتعويض المدني عن المال .

هذا ، مضافاً إلى أنّ ظاهر روايات الدية وما ورد فيها من التصريح بأنّ الدية بدل العيب أو النقص أو الكسر أو الجرح الحاصل في البدن بالجناية أنّها في قبال ذلك ، فلو سلّمنا أنّ الدية تعويض عن القيمة والمالية الزائلة بالجناية فهي قيمة النقص والعيب والجرح ، لا قيمة وصف الصحة وبدل عنها ليتوهم اشتمالها على نفقة العلاج وتحصيل الصحة ، بل لو استرجع المجني عليه صحته وبرئ من الجرح أو الكسر بنحو لم يبقَ فيه أثر ولا عيب أو عثم لم يستحق الدية المقدّرة ، وهذا معناه أنّ الدية لا تدفع في قبال العلاج وتحصيل الصحة ، بل في قبال النقص الحاصل في بدن المجني عليه بالجناية ، وهو غير العلاج والبرء ، والذي قد يبقى بعده ناقصاً ، فنفقات العلاج التي يضطرّ إليها المجني عليه ضرر مالي آخر مستقلّ عن النقص أو العيب والشين في البدن .

ومنه يظهر عدم صحة قياسه على إحداث عيب في مال الغير ؛ فإنّ عدم ضمان نفقة إصلاحه ـ زائداً على أرش العيب ـ لأنّه لا يصدق الإضرار والنقص بمالية ماله إلّا بمقدار ما نقص من قيمته بالعيب لا أكثر ، والذي يكون مقارباً لما يصرف في سبيل إصلاحه أو تبديله بالصحيح منه ، بخلافه هنا ؛ فإنّه قد أضرّه بضررين : ضرر في بدنه وهو العيب الحاصل بالجناية ، وضرر في ماله وهو نفقة العلاج والبرء من

الألم أو الهلكة والموت بالجراحة إذا لم تعالج .

فإذا كانت نفقة العلاج ضرراً مالياً غير الضرر البدني المستوجب للدية فلا ربط لأحدهما بالآخر ، ولا تداخل بينهما ، بل قد يكون تحمّل المجني عليه هذا الضرر بالإنفاق على نفسه للعلاج رافعاً لموضوع النقص والشين في البدن ، فيرتفع موضوع ضمان الجاني للدية ؛ كما إذا قطع عضواً منه بحيث لو بقي مقطوعاً كانت فيه الدية كاملة أو نصف الدية ولكنّه أنفق على المعالجة بنحو بحيث عاد سالماً ومتصلاً ، فإنّه فيمثل ذلك لا يحكم على الجاني بالدية ؛ لما دلّت عليه الروايات ـ وعليه الفتوى أيضاً ـ من أنّ دية الجروح والكسور إنّما تدفع بعد الانتظار إلى زمان البرء إذا كان ممّا يحتمل فيه البرء ، فكيف يمكن أن تكون الدية تعويضاً عن كل ما لحق المجني عليه من الضرر أو بدلاً عن وصف صحته وسلامته ؟! بل كيف يحتمل أن يكون الجاني في المثال غير مسؤول عن دية المجني عليه ـ لعدم قطع يده مثلاً بعد العلاج وإجراء العملية الترقيعية ـ ولا عن نفقات ذلك العلاج الباهضة التي تحمّلها المجني عليه ؟!

ومثال آخر : ما إذا كان قد جرحه جرحاً طفيفاً كالحارصة أو الدامية التي فيها بعير أو بعيران ، ولكنّ المجني عليه كان فيه مرض بحيث إذا لم يعالج نفسه علاجاً باهضاً من حيث النفقة فسوف تؤدّي الجراحة إلى هلاكه وموته ، فيقال بتحمّله نفقات ذلك ، وليس على الجاني إلّا أرش الحارصة والجرح الخفيف ، مع أنّه لولا العلاج لسرت الجناية إلى نفس المجني عليه ، وكان يلزم الجاني الدية الكاملة ، بل كيف يمكن أن يكون التقدير الشرعي للدية أو الأرش قد لوحظ فيه نفقات العلاج أيضاً مع وضوح تغير تلك النفقات بحسب الزمان ، بل والمكان في الزمان الواحد وباختلاف درجة التقدّم العلمي وتطوّر وسائل العلاج وتعقيدها ؟! فلا محالة لا تكون التقديرات الشرعية المذكورة إلّا تقديرات شرعية لغرامة مالية تعطى للمجني عليه في قبال نفس الجرح أو الكسر أو النقص الحاصل بالجناية في بدنه ، كما

صرّحت بذلك ألسنة الروايات من دون نـظر إلى الأضـرار الأُخـرى التـي تـلحق بالمجني عليه ؛ فإنّ لها حسابها وحكمها الخاص .

فالصحيح : أنّ روايات الدية أجنبية عن نفي ضمان ما تسببه الجناية من الأضرار المادية الأُخرى على المجني عليه ومنها نفقة معالجته ، فإذا كان الإضرار مـوجباً للضمان ثبت الضمان لها زائداً على الدية .

بل يمكن أن يقال : بأنّ اللازم على الجاني أولاً الإنفاق لمعالجة المجني عـليه والحيلولة دون قطع عضوه أو حصول نقص فيه إن كان ذلك ممكناً فعلاً ، فلا تصل النوبة إلى الدية الكاملة للعضو ، فمسؤوليته الأُولى إرجاع وصف الصحة في بـدن وأعضاء المجني عليه ، فإذا بقي نقص أو شين أو جرح بعد ذلك كان ضامناً لديته أو لأرش نفس ما وقع من الجرح والألم ؛ لأنّه مسؤول وضعاً وتكليفاً عن رفع كـلّ ضرر أوقعه عليه إذا كان رفعه ممكناً ؛ بمقتضى أدلّة حرمة الإضرار و« لا ضرر » ، وبمقتضى أدلّة حرمة مال المسلم ودمه وأنّه لا يذهب حقه هدراً ، وبمقتضى سيرة العقلاء أيضاً .

ثم إنّه إذا لم يمكن إثبات ضمان الجاني لنفقة علاج المجني عليه زائداً على الدية بقاعدة الإضرار بالعنوان الأولي ، فبالإمكان إثبات ذلك مطلقاً أو في موارد خاصة بالعنوان الثانوي وبحكم ولي الأمر ، نظير الغرامات المالية الأُخرى التي يجعلها في موارد التخلّفات ، فيجعل لمن يتخلّف فيجني على شخص ولو خطأً غرامة مـالية بقدر نفقة علاجه اللازمة بحسب متطلّبات الزمان يدفعها للدولة ، فتصرفها الدولة في علاج المجني عليه أو تتحمّل علاجه مجّاناً في قبال ما تأخذه من الجاني ، كلّ ذلك بملاك حفظ النظام والصالح العام والتأمين على حياة المجني عليهم وتـوفير العلاج اللازم لهم ولسلامتهم ، ولا شك أنّ هذا داخل ضمن نطاق صلاحيات الحاكم الإسلامي ، ومطابق مع المصلحة العامة في مثل أزمنتنا ، بل لعلّ خلافه يعد إجحافاً وظلماً على المجني عليهم بحيث يقطع أو يطمأنّ بأنّ الشارع لا يرضى به .

المسألة الثانية :

وبما ذكرناه في المسألة الأُولى ظهر الحال في هذه المسألة أعني ضمان الجاني لما يصيب المجني عليه من الأضرار المادية من ناحية كسبه ومعيشته بسبب الجرح أو النقص الذي حصل في بدنه :

أ ـ فإنّا إذا جعلنا الميزان والملاك للضمان صدق الإتلاف أو وضع اليد على مال الغير فهذا لا يصدق في المقام جزماً ؛ إذ لم يكن مال للغير بالفعل بعد ، وإنّما كان يمكنه أن يحصل عليه لولا ذلك النقص أو الجرح .

ب ـ وأما إن جعلنا الميزان أعم من ذلك بحيث يشمل مطلق تفويت مال عليه فقد يصدق التفويت ، خصوصاً بالنسبة لما كان متلبساً به بالفعل من الكسب والذي عجز عنه نتيجة الجناية ، وقد حكم سيد العروة ﷺ بثبوت الضمان في حبس الحرّ الكسوب باعتباره تفويتاً [١] ، ولكنّه قد تقدّم الإشكال في كفاية مجرّد التفويت لثبوت الضمان .

جـ ـ وأما إن جعلنا الميزان للضمان مطلق الإضرار المالي ، فإذا كان الضرر بمعنى النقص في المال فأيضاً لا يصدق الإضرار ؛ لأنّ المال المذكور بعد لم يكن حاصلاً ومملوكاً للمجني عليه ، وإنّما كان يحصل له لولا الجناية .

اللهم إلّا أن تدّعى إحدى عنايتين عرفيتين :

الأُولى ـ أنّ النفع والمال المذكور حيث إنّه كان قطعي الحصول في موارد التلبّس الفعلي بالكسب فهو عرفاً بحكم الحاصل والثابت للمجني عليه ، فيكون فواته عليه إنقاصاً لما هو له بالفعل عرفاً ، فيكون ضرراً بل إتلافاً .

الثانية ـ أن يكون لنفس وصف التمكّن والقدرة على التكسّب وتحصيل المال من خلاله قيمة ومالية عقلائياً وعرفاً ، وقد أنقصها وسلبها منه ، فيكون ضامناً

(١) انظر : العروة الوثقى ٢ : ٥٨٩ ، أحكام الاجارة ، م٣ . ط . الأعلمي .

لقيمتها ، بل على هذا قد يصدق الإتلاف أيضاً للوصف الذي له مالية ، كما إذا عيّب ماله بإزالة وصف من أوصافه المرغوب فيها عقلائياً والمؤثّرة في المالية .

وكلتا العنايتين محلّ تأمل وإشكال :

أما الأولى ـ فلأنّ مجرّد تحقق وقوع النفع ـ لولا الحبس أو الجناية ـ لا يكفي لصدق مفهوم النقص والضرر إلّا بالعناية والمجاز بحيث لا يمكن استفادته من مطلقات لا ضرر أو الإتلاف .

وأما الثانية ـ فلما ثبت في محلّه من أنّ الأوصاف حيثيات تعليلية لأن تكون الأعيان أو الأعمال أموالاً ، ولا يكون الوصف بنفسه مالاً ؛ ومن هنا لا يضمن الوصف المرغوب الزائل في العين ، وإنّما تضمن العين التي نقصت ماليتها بسبب زوال وصفها المرغوب ؛ ومن هنا نجد أنّ المشهور أيضاً حكموا بأنّ منع الحرّ الكسوب عن عمله لا يوجب الضمان ، ففي تحرير الوسيلة ـ كتاب الغصب :

مسألة ٥ ـ لو استولى على حرّ فحبسه لم يتحقق الغصب لا بالنسبة إلى عينه ولا بالنسبة إلى منفعته ـ وإن أثم بذلك وظلمه ـ سواء كان كبيراً أو صغيراً . . . وكذا لا يضمن منافعه ، كما إذا كان صانعاً ولم يشتغل بصنعته في تلك المدة ، فلا يضمن أُجرته . نعم لو استوفى منه منفعة ـ كما إذا استخدمه ـ لزمه أُجرته » [١] .

وفي المسألة ١٣ ـ لو منع حرّاً عن عمل له أُجرة من غير تصرّف واستيفاء لم يضمن عمله ، ولم يكن عليه أُجرته [٢] . وهذا بخلاف منافع الأعيان فإنّها تعتبر ملكاً موجوداً بالفعل للمالك بتبع وجود العين ، ومن هنا يحكم بضمانها بمجرّد منع مالكها عنها ولو لم يستوفها الغاصب ، فلو غصب دابة مثلاً ضمن منافعها سواء استوفاها أم لا . نعم ، في باب الأعمال المشهور هو الحكم بالضمان إذا كان أجيراً

---

(١) تحرير الوسيلة ٢ : ١٥٣ ، الغصب ، م٥ . ط . جماعة المدرّسين .

(٢) المصدر السابق : ١٥٦ ، م١٣ .

للغير في زمان فحبسه حتى مضى فيضمن للمستأجر .

وفي المسألة ١٢ ـ لو حبس حرّاً لم يضمن ـ لا نفسه ولا منافعه ـ ضمان اليد حتى في ما إذا كان صانعاً ، فليس على الحابس أُجرة صنعته مدّة حبسه .

نعم لو كان أجيراً لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعته الفائتة للمستأجر » [١] .

ولعلّ الوجه في هذا التفصيل عند المشهور أنّ العمل إذا تعلّقت به الإجارة أصبح مالاً مملوكاً بالفعل للمستأجر ، وهذا نحو وجود اعتباري له ، فيكون تفويته عليه إتلافاً وإنقاصاً لمال مملوك له بالفعل ، فيصدق الإضرار ، بل والإتلاف وإذهاب ملكه ، فيضمنه لمالكه وهو المستأجر ، بخلاف ما إذا لم يقع متعلّقاً للإجارة فإنّه لا يكون للعمل وجود بعد لا في الخارج ـ لعدم تحققه فيه ـ ولا في الاعتبار ؛ لعدم اعتبار الملكية بالنسبة للإنسان وأعماله وذمته ونفسه لنفسه ، فلا يصدق عرفاً الإتلاف أو الإضرار بمعنى نقص المال لا بلحاظ مال خارجي ولا اعتباري .

وعلى هذا قد يفصّل في المقام أيضاً ، فيقال بضمان الجاني ما يفوت المجني عليه من الكسب إذا كان قد آجر نفسه للغير ولو كان مدّة طويلة ، فيضمن الجاني أُجرة مثل عمله للمستأجر ، ويستحق المجني عليه أُجرة المسمّى بعقد الإجارة .

إلّا أنّ الصحيح أنّ هذا الاستثناء لو قبلناه فليس المقام من تطبيقاته ؛ لأنّ مورده ما إذا منع الأجير عن عمله مع بقائه قادراً عليه في نفسه ، كما في مثال حبس الحرّ ، لا المقام الذي تكون الجناية موجبة لعيب الأجير وزوال قدرته على العمل في نفسه ؛ فإنّ هذا يوجب انفساخ الإجارة وانكشاف أنّ الأجير لم يكن في لوح الواقع متمكّناً من العمل المستأجر عليه في زمانه ، وهو يوجب الانفساخ .

---

(١) تحرير الوسيلة ٢ : م ١٢ .

فالحاصل : فرق بين منع الأجير وحبسه عن القيام بالعمل المستأجر عليه مع قدرته عليه في نفسه ، وبين إتلاف عضوه وجعله غير قادر في نفسه على العمل ، كما هو في المقام ؛ فإنّه في الأول لا موجب للانفساخ ، بخلاف الثاني . ومن هنا فصّل المشهور ـ في باب إجارة الأعيان أيضاً ـ بين ما إذا غصب العين المستأجرة من المستأجر فيضمن أُجرة مثل ما تبقّى من المدّة للمستأجر ، وبين ما إذا أتلفها أو عيّبها بحيث خرجت عن الانتفاع فيضمن قيمتها للمالك ، وتنفسخ الإجارة في المدّة الباقية ، ويرجع المستأجر بالأُجرة المسمّاة لتلك المدّة على المالك ؛ لأنّه ينكشف عدم وجود المنفعة في تلك المدّة للمالك واقعاً .

وهكذا يتضح أنّ موجب الضمان إن كان صدق عنوان الإتلاف أو الإضرار بمعنى النقص في المال فهذا لا يصدق إلّا إذا كان له مال مملوك بالفعل حقيقي أو اعتباري ينقصه منه ويذهبه عليه ، وهو غير حاصل في المقام إلّا إذا قبلنا إحدى العنايتين المتقدّمتين . نعم ، عنوان التفويت لا يتوقّف على فعلية المال ، فهو يصدق في المقام ، ولكن لا دليل على إيجابه للضمان كبروياً كما تقدّم .

هذا ، مضافاً إلى أنّه يمكن دعوى عدم صدق التفويت ولا الإضرار في المقام حتى إذا قبلنا اقتضاءهما للضمان كبروياً ، وقبلنا صدقهما في مثل حبس الحرّ الكسوب .

والوجه في ذلك: أنّ الجناية عرفاً بمثابة الإتلاف للنفس أو للعضو ، فيكون كالإضرار بالعين وإتلافه من حيث إنّه لا يضاف إلى منافع النفس أو العضو مستقلّاً زائداً على إضافته إلى العضو أو النفس ، فكما لا يصدق على من أتلف دابة الغير أنّه يضمن قيمة منافعها زائداً على ضمان قيمة نفسها لأنّه فوّتها على مالكها ، كذلك في المقام ؛ فلا يقال لمن قطع يد الغير مثلاً إلّا أنّه أتلف يده وأضرّه أو فوّت عليه يده ، وأمّا منافع يده وكسبه منها فلا يكون هناك تفويت وإضرار آخر بالنسبة إليها ليكون له ضمان آخر ، بل تلحظ المنافع الفائتة كحيثيات تعليلية لضمان نفس العين حينما

يكون الإتلاف والنقص واقعاً عليها ، وإنّما يلحظ تفويت المنفعة مستقلّاً إذا كانت فائتة مع بقاء العين ، وهذه نكتة عرفية لا ينبغي التشكيك فيها . وعلى أساس منها نقول في المقام : بأنّا حتى إذا قبلنا ضمان أُجرة عمل الحرّ الكسوب إذا حبس من قِبل الغير بملاك التفويت أو الإضرار مع ذلك لا يمكن قياس المقام عليه والحكم بضمان الكسب الذي عجز عنه المجني عليه نتيجة وقوع النقص والجناية عليه ، كالرسّام أو النجّار إذا قطعت يده مثلاً أو القارىء إذا قطع لسانه ؛ لأنّ هذا من باب إتلاف العين لا تفويت المنافع .

هذا ، مضافاً إلى أنّه لا ضابطة عرفية أو شرعية لتحديد مقدار التعويض اللازم جزاء ما يفوته من الكسب والمنفعة لولا الجناية ؛ لتفاوت المكاسب والواردات المحتملة كمّاً وكيفاً وعدم إمكان تحديدها في مقدار معين إلّا اعتباطاً، مما يبعّد فكرة الضمان في المقام زائداً على ما حدّده الشارع من الدية .

بل يمكن أن ندّعي القطع ـ أو الاطمئنان على الأقلّ ـ بعدم ضمان الجاني في شرعنا الأقدس لما يفوت المجني عليه من الكسب ونحوه من الأضرار التبعية ، والتي حكمت أكثر القوانين الوضعية اليوم بضمانها ؛ وذلك لأنّنا لو لم نستطع أن نستفيد من سكوت كافّة روايات الديات عن ذكر ذلك دلالة على عدمها ـ بدعوى كونها في مقام بيان ضمان دية العيب والنقص الواقع على البدن فقط لا الأضرار المادية الأُخرى ـ فلا إشكال في أنّ هذه المسألة كانت موضع الابتلاء كثيراً ، فما أكثر الجنايات التي تقع عمداً أو سهواً أو خطأً في المجتمع ، والتي كان يُقضى فيها بدفع الدية أو بالقصاص ! فلو كانت المنافع والمكاسب العائدة إلى المجني عليه مضمونة على الجاني ـ وعادة يكون للمجني عليه كسب وعمل يفوته ولو مؤقتاً ـ بالجناية لانعكس ذلك واشتهر وبان في الروايات والفتاوى ، مع أنّه لم يرد شيء من ذلك ، ولم يرد في مورد أنّ القضاء الإسلامي غرّم الجاني ما كان يكسبه المجني عليه لولا الجناية ، بل ولعلّ في الروايات الدالّة على أنّ المسلمين تتكافأ دماؤهم

وأنّه لا فرق في الدية بين الصغير والكبير والشريف والوضيع منهم ما يدلّ على نفي مثل هذا الضمان ، وليس يرد هنا ما أوردناه في المسألة الأُولى من ضآلة قيمة العلاج ونفقاته وكونها ضمن النفقات اليومية الاعتيادية للإنسان كما لا يخفى . وهذا بحسب الحقيقة دليل لبّي يمكن أن يُستدلّ به على عدم ضمان الجاني زائداً على الدية ونفقات البرء والعلاج ـ إذا قلنا بضمانها في المسألة الأُولى ـ تعويضاً عمّا يفوته أو يفوت عائلته من الكسب والمنفعة .

وأما المسألة الثالثة فهي ضمان الجاني نفقات المرافعة والمقاضاة ، وقد ذكرنا أنّ هذا البحث لا يختص بباب الجنايات ، بل يجري في كل مرافعة ودعوى حتى المدنية ، فهل يحكم بثبوت نفقات المرافعة على المحكوم عليه دائماً أو لا ؟ وينبغي إيراد البحث في فرعين :

الفرع الأوّل ـ في ضمان المحكوم عليه للمحكوم له ما قد يصرفه من نفقات في سبيل الحصول على حقه إذا توقّف استحصاله عليه ، وهذه مسؤولية وضمان تجاه صاحب الحق .

الفرع الثاني ـ في ضمان المحكوم عليه لنفقات المرافعة للدولة ، فيجوز أن تستوفيها المحكمة منه لا من المحكوم له ، وهذه مسؤولية مدنية وضمان تجاه الحكومة .

أمّا الفرع الأوّل: فقد يقال بضمان من عليه الحق لصاحب الحق ما يبذله في سبيل استحصال حقه منه ، ومنه نفقات المرافعة وتكليف المحامي والوكيل للدفاع وغير ذلك ؛ بدعوى أنّ هذه النفقات والتكاليف وإن كان قد صرفها صاحب الحق باختياره إلّا أنّ إنفاقها كان في سبيل تحصيل حقه المهدور وفي طول منع المحكوم عليه وأخذه بحقه ، فيكون هو السبب عرفاً لفواتها وذهابها عليه وخسارته ، فيضمنها الجاني بالتسبيب .

إلّا إنّ الظاهر عدم كفاية هذا المقدار للتسبيب ، فإنّنا ذكرنا أنّ المراد منه ما

يوجب استناد موجب الضمان من الإتلاف أو الإضرار أو التفويت إلى غير المباشر، ومن الواضح أنّ مجرّد منع الغاصب لحق صاحب الحق وتوقّف تحصيله على بذل المال لا يكفي لأن تستند خسارة تلك النفقات التي صرفها إلى الغاصب، فيكون هو المتلف لها أو الضارّ أو المفوّت لها زائداً على الحق الأول؛ لأنّ هذا الإنفاق كان من قبل صاحب الحق لمصلحة نفسه، وهو وصوله إلى حقه، فلم يكن له حقّان وضمانان: حق ماله الأول مثلاً وحق أن يأخذ منه ما يوصله إلى حقه الأول، فهذا المقدار لا يكفي للتسبيب وانتساب الإتلاف أو التفويت للمحكوم عليه ومن عليه الحق، بل الفعل الصادر باختيار الفاعل المباشر ـ كالإنفاق من صاحب الحق في سبيل استحصال حقه في المقام ـ لا يستند إلى غير المباشر إلّا إذا كان هناك تسبيب من إلجاء وإكراه أو تغرير واستدراج ونحو ذلك، وليس في المقام شيء من ذلك.

ودعوى: صدق الإضرار به بلحاظ ما صرفه فعلاً في سبيل تحصيل حقه خصوصاً إذا كان منع الحق عن علم وعمد، ممنوعة إلّا بنحو من العناية.

كما أنّ دعوى: أنّ لنفس التمكّن من ماله وحقه وكونه تحت اختياره ماليةً وضماناً مستقلّاً قد فوّته عليه الغاصب، واضحة الفساد؛ لاستلزامه الضمانين من أول الأمر سواء صرف في سبيل تحصيله مال أم لا، وهو كما ترى، بل لعلّ في ما دلّ على حرمة الربا وأنّ المالك له رأس ماله لا أكثر تصريحاً بخلاف هذه النكتة.

نعم، قد يكون الأجل حيثية تعليلية لارتفاع قيمة المال في المعاملات، وتلك نكتة أُخرى، كما أنّ حيثية الزمان والمكان قد تكون دخيلة في المالية أو تكون مضمونة بنفسها إذا كان مورد غرض عقلائي، وتلك أيضاً نكتة أُخرى لا دخل لها بالمقام.

ودعوى: أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأنّه يمكن أن نثبت به الضمان في المقام.

مدفوعة : ـ مضافاً إلى كونها قاعدة متصيّدة وتعبيراً فقهياً لا قاعدة شرعية ـ بأنّ المراد بها أنّ ما يستلزمه من ردّ المال المغصوب من الضرر على الغاصب لا يكون مضموناً له ، وهو أجنبي عن محل البحث .

وأما الفرع الثاني : وهو ضمان المحكوم عليه نفقات المرافعة للحكومة ، فتارة يراد إثبات هذا الضمان والمسؤولية كحكم ثانوي ، كما إذا قرّر الحاكم وولي الأمر في سياسة إدارة القضاء والمحاكمات أن تجعل نفقات المرافعة على من يثبت عليه الحق ، فتستوفى منه إذا ثبت عليه ، وإذا لم يثبت تستوفى ممّن أقام الدعوى أو منهما معاً ، وهذا لا إشكال فيه ، ويكون حاله حال سائر الأحكام النظامية التي يقررها الحاكم الإسلامي حسب ما يشخصه من المصالح والمفاسد في إطار الشريعة الإسلامية الغراء .

وأُخرى يراد إثبات هذا الضمان على المحكوم عليه كحكم أولي وبقاعدة من قواعد الضمانات الثابتة في الأموال والأعمال .

وتقريب ذلك :

أنّ عمل المقاضاة وما تستلزمه من تسجيل الدعوى والتحقيق فيها وإصدار الحكم وغير ذلك ، عمل محترم له مالية ، فتكون مضمونة بالاستيفاء أو الأمر أو الإتلاف ، كما هو حال سائر الأعمال التي لها مالية . وفي المقام إن كانت المرافعة بطلب من المحكوم عليه كان ضامناً لها بالأمر ، وإن كان بطلب المحكوم له أو بطلبهما معاً أو بأمر الحاكم ابتداءً يكون الضمان على المحكوم عليه أيضاً ؛ لأنّه بمنزلة السبب الذي يكون أقوى من المباشر ؛ إذ لولا منعه لحق الغير وسلبه له لم يكن يلزم على الحاكم ـ المسؤول عن إقامة العدل وإرجاع الحق إلى أهله ـ أن يقوم بالمقاضاة وفصل الخصومة بناءً على جواز أخذ الأُجرة على الواجبات حتى في باب الحكومة ؛ لعدم تقييد دليل إيجابها بأن تكون على نحو المجانية .

صحيح أنّ من له الحق لو كان يتنازل عن حقه ولم يرفعه إلى الحاكم لما كان يقع مقاضاة وعمل من الحاكم ، إلّا أنّ صاحب الحق من حقه المطالبة بحقه ، بخلاف من عليه الحق ؛ فإنّه ليس من حقه سلب الحق ، بل عليه ردّه إلى صاحبه ، فتكون هذه نكتة عرفية لصدق التسبيب بلحاظه ، لا بلحاظ من له الحق ويطالب به ، نظير ما إذا سحب المالك ثوبه من يد الغاصب فأمسكه الغاصب وجرّه إلى نفسه فتمزّق ، فإنّ التلف وإن كان حاصلاً بفعلهما معاً ، ولكنّه يقال بأنّ الغاصب حيث كان لا يحق له إمساك ثوب الغير ومنعه عنه فهو السبب للتلف ، فيكون ضامناً لتمام قيمته ، أو نظير شاهد الزور الذي يحكم عليه بضمان ما ذهب من مال صاحبه بسبب إخفائه للحقيقة وشهادته على خلاف الواقع ؛ لكونه أقوى من المباشر ، وهو القاضي ، فإذا جزمنا بهذه النكتة ثبت الضمان عليه ، وإلّا كان مقتضى الأصل عدم الضمان هنا أيضاً ، كالمسألة السابقة .